فقه

المعاملات المالية

في الشريعة الإسلامية

الجزء الثاني

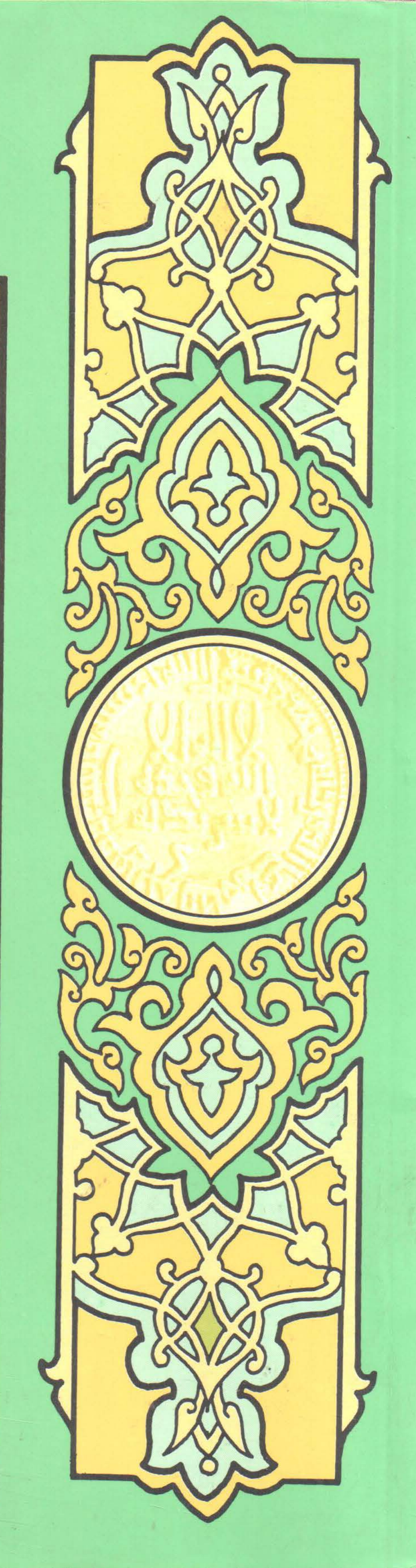
تأليف

الدكتور علي أحمد القليصي

أستاذ في كلية الشريعة والقانون
بجامعة صنعاء

مكتبة الجيل الجديد

صنعاء



فقه المعاملات المالية

في الشريعة الإسلامية

الجزء الثاني

تأليف

الدكتور علي أحمد القليصي
أستاذ مساعد في كلية الشريعة والقانون
بجامعة صنعاء

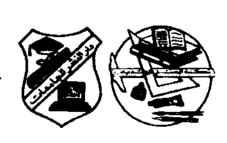
مكتبة الجيل الجديد
صنعاء

بسم الله الرحمن الرحيم

الطبعة الثانية

١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م

مكتبة الجيل الجديد
Al-Jeel Al-Jadeed
Book Shop
كتب عامة وجامعية - أدوات ومستلزمات جامعية



دار النشر للجامعات
Universities Publishing
House
للطباعة والنشر والتوزيع وخدمات الكمبيوتر

صنعاء - الجمهورية اليمنية - ص. ب.: ٥٤٤ - ت: ٢٠٧٧٢١ - ٢١٣١٦٢ - ٢١٣١٦٥ - ٧٨٠٤٠ - فاكس: ٢١٣١٦٣ - تلكس: ٢٤٦٦

SANAA - REPUBLIQUE OF YEMEN - P. O. BOX: 544 - TEL.: 207721 - 213162 - 213165 - 78040 - FAX: 213163 - TELEX: 2466

المقـــدِّمَة

الحمد لله الذي أكمل لنا الدين وأتم علينا النعمة ورضي لنا الإسلام ديناً وهدانا إليه ونصلي ونسلم على رسوله الأمين المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى من اهتدى بهديهم إلى يوم الدين.

أما بعد: فإني لمّا يسّر الله تعالى لي أن أكتب في موضوعات من فقه المعاملات المالية وقد حظي بالقبول من كثير من طلاب العلم وقد طلب مني أن أواصل الكتابة في بحوث ميسرة في فقه المعاملات فجمعت هذه البحوث في جزء مستقل ليكون تكملة للبحوث السابقة التي تتعلق بعقد البيع والإجارة وما يتعلق بهما من المعاملات المالية ويتضمن هذا الجزء من المعاملات ثلاثة عشر مبحثاً.

المبحث الأول: في عقد الشركة.

المبحث الثاني: في شركة المضاربة.

المبحث الثالث: في عقد الرهن.

المبحث الرابع: في أحكام الكفالة.

المبحث الخامس: في أحكام الحوالة.

المبحث السادس: في أحكام القرض.

المبحث السابع: في أحكام الشفعة.

المبحث الثامن: في أحكام الوكالة.

المبحث التاسع: في أحكام الصلح.

المبحث العاشر: في أحكام الهمة.

المبحث الحادي عشر: في أحكام الغصب.

المبحث الثاني عشر: في أحكام الوديعة.

المبحث الثالث عشر: في أحكام العارية.

منهج البحث

١ ـ لم أجعل البحث خاصاً بمذهب معين، بل جعلت الدراسة فيه مقارنة بين مذاهب الفقهاء وأدلتهم.

٢ ـ التزمت فيه الرجوع إلى المصادر الأصلية في الفقه المقارن وغيره وأنقل رأي كل مذهب من كتبه في الغالب.

٣ ـ ابدأ بذكر الحكم في المسألة المطروحة للبحث ثم أذكر بعد ذلك أدلتها من الكتاب والسنة والإجماع، وإن كان فيها خلاف أذكر بعد ذلك أدلتها من الكتاب والسنة والإجماع، وإن كان فيها خلاف أذكر الآراء المشهورة فيها ودليل كل رأي مستمداً كل مذهب من كتبه مشيراً إلى الجزء والصفحة.

وقد التزمت النقل من طبعة واحدة، ليمكن الرجوع إلى المسألة في الأصل بسهولة.

٤ ـ أرجح ما يظهر لي أنه الصواب مع بيان سبب الترجيح، وهو الدليل وقد حاولت ذلك لئلا يبقى القارىء متحيراً لا يدري ما يأخذ وما يدع بالنسبة لمن ليس له قدرة على النظر والاختيار، ولكل واحد رأي الحق في غير ما رجحته فيجب عليه أن يأخذ به، لأن كل إنسان يؤخذ من قوله ويترك إلا المعصوم وهو الرسول ﷺ.

٥ ـ أما الأحاديث التي استدل بها فإنني أشير إلى مصادرها في الغالب إلى الجزء والصفحة، وأورد ما قاله العلماء من صحة أو ضعف، وأشير إلى موضع الآيات القرآنية في السورة.

٦ ـ ذيلت مواضيع هذه المباحث بمواد من القانون المدني ـ للمعاملات الشرعية ـ رقم (١٠) لسنة ١٩٧٩ م.

٧ ـ حاولت أن أعرض مسائل البحث بأسلوب سهل متجنباً التطويل الممل في الفروع ومسائل الفقه المفترضة، وقد حاولت أن أتتبع المسائل التي يكثر الاحتياج إليها ولا يستغني عنها طلبة العلم.

هذا ما فعلته في هذه المباحث، وما كان فيها من حق وصواب فمن الله تعالى وما كان فيها من خطأ فمني والمعصوم من عصمه الله ولا حول ولا قوة إلا بالله.

المؤلف

الدكتور علي أحمد القليصي

المبحث الأول
في عقد الشركة
وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول
في تعريف الشركة وحكمها وأنواعها
في الجملة

أ ـ تعريفها:

الشركة لغة: خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما.

وأما تعريفها عند الفقهاء: فقد جاء بعبارات متعددة وبألفاظ مختلفة، من حيث معناها العام ومعناها الخاص.

عرفها ابن قدامة رحمه الله تعالى بتعريف عام، فقال: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف[1].

فهذا التعريف يشمل شركة الأملاك، كالمشتركين في ميراث أو في وقف ونحو ذلك، ويشمل الشركة التي تنشأ عن عقد، وهي التي سنتناولها في هذا الموضوع.

وعرفها بعض الفقهاء بتعريف خاص، فقال: هي عقد بين المتشاركين في الأصل والربح.

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٥/٣.

فهذا التعريف خاص بالشركة التي تنشأ عن عقد، وهو ناقص، لأنه لم يشمل أنواع الشركة.

وعرفها ابن حجر بقوله: هي ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعداً من الاختلاط لتحصيل الربح، وقد يحصل بغير قصد، كالإرث(١).

فقوله: لتحصيل الربح، تدخل فيه الشركة التي تنشأ بعقد بجميع أنواعها.

وقوله: وقد تحصل بغير قصد: يعني الشركة التي تنشأ بغير اختيار وبغير عقد، كالميراث ونحوه.

وهذا التعريف أحسن مما قبله في نظري، لأنه أشمل وأكمل.

ب ـ حكمها:

الشركة جائزة في الجملة، والدليل على جوازها، الكتاب والسنة والإجماع أما الأدلة من الكتاب فمنها قوله تعالى: **﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾**(٢).

وقوله تعالى: **﴿وان كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم﴾**(٣).

وآما الأدلة من السنة فكثيرة منها: ما رواه البخاري من طريق سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصرف يداً بيد؟ فقال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يداً بيد ونسيئة فجاءنا البراء بن عازب فسألناه، فقال فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم وسألنا النبي ﷺ عن ذلك؟ فقال: «ما كان يداً بيد فخذوه وما كان نسيئة فردوه»(٤).

---

(١) انظر فتح الباري ١٢٩/٥.
(٢) سورة النساء، آية ١٢.
(٣) سورة ص، آية ٢٤.
(٤) انظر صحيح البخاري مع فتح الباري ١٢٤/٥.

ومنها: حديث النعمان بن بشير عن النبي ﷺ قال: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وان أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً»(١).

فيدل هذا الحديث على أنهم كانوا شركاء في السفينة فأرادوا الاقتسام بالقرعة ليتصرف كل منهم في نصيبه كيف يشاء.

ومنها حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال «إن الله يقول أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما»(٢).

وهناك أدلة أخرى سنذكرها في أنواع الشركة بإذن الله تعالى.

وأما الإجماع فقد نقل على جواز الشركة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها:

جـ ـ أنواع الشركة وحكم كل نوع منها:(٣)

قسم الفقهاء الشركة الاختيارية إلى خمسة أنواع:

النوع الأول: شركة العنان.

النوع الثاني: شركة المفاوضة.

النوع الثالث: شركة الأعمال.

---

(١) رواه البخاري انظر فتح الباري ١٣٢/٥.

(٢) رواه أبو داود والدارقطني والبيهقي والحاكم وقال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي والمنذري في الترغيب، وقال الألباني ضعيف لأن أحد رواته مجهول، وللاختلاف في وصله، ويبدو لي أن الحديث حسن ويحتج به والله تعالى أعلم، انظر: إرواء الغليل ٢٨٨/٥.

(٣) والمراد بالشركة التي سأبين حكمها هي شركة العقود، وتسمى بالشركة الاختيارية، لأنها تحصل بفعل المتشاركين، فلا تدخل في ذلك الشركة التي تحصل بغير فعل المتشاركين، كالميراث ونحوه.

النوع الرابع: شركة الوجوه.

النوع الخامس: شركة المضاربة.

هذا مجمل أنواع الشركة، وفيما يلي تفصيلها، وسأقتصر على بيان المسائل المهمة التي يكثر الاحتياج إليها ولا يستغني طالب العلم عنها، وما توفيقي إلا بالله.

المطلب الثاني

في شركة العنان

أ ـ تعريفها:

العِنان: بكسر العين، من عن الشيء، بمعنى ظهر، فكأنه عن للشريكين أمر أي عرض فاشتركا فيه(١).

وعرفها الفقهاء بقولهم: أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيه بأبدانهما والربح بينهما(٢).

ب ـ حكمها:

فهذه الشركة جائزة باتفاق الفقهاء، ولم يختلفوا إلا في بعض شروطها التي سأبينها في محلها(٣).

والدليل الذي استدل الفقهاء به على جوازها هو ما تقدم في الفصل الأول.

---

(١) وقيل مأخوذة عن عنان الفرس، وهو اللجام الذي يمنعه عن الانطلاق، لأن كل واحد من الشريكين ممنوع من التصرف في مال الشركة إلا بإذن من الآخر.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ١٦/٥، ومغني المحتاج ٢١٢/٢.

(٣) انظر المصدرين السابقين والاختيار ١٤/٣، وبداية المجتهد ٢٥٢/٢.

جـ ـ شروط صحتها:

اشترط الفقهاء لصحة هذه الشركة شروطاً، وفي بعضها خلاف نبينه في محله وهذه الشروط منها ما يكون في العاقدين، ومنها ما يكون في رأس مال الشركة ومنها ما يكون في الربح، ومنها ما يكون في التصرف.

١ ـ ما يشترط في العاقدين:

١ ـ يشترط فيهما: ما يشترط في الوكيل والموكل من الأهلية في المال لأن كلاً منهما يتصرف في ماله بالملك وفي مال الآخر بالإذن، فكل منهما موكل ووكيل، فلا يصح عقد الشركة من صبي ولا مجنون ولا غيرهما ممن هو محجور عليه، وإذا كان للمحجور عليه مال فيجوز لوليه أن يشارك له في ماله بالولاية عليه، كشركة المضاربة.

٢ ـ تجوز الشركة بين مسلم وكافر أو فاسق، ولا يشترط في جوازها الإسلام وهذا مذهب جمهور الفقهاء[١].

وقال بعض الفقهاء: لا تنعقد الشركة بين مسلم وكافر وإنما تصح بين مسلمين فقط، وبين كافرين ولو اختلفت ملتهما.

وهذا مذهب الهادوية وهو قول أبي حنيفة ومحمد[٢].

ووجهة هذا القول: أن الكافر لا يحترز عن الربا ونحوه من المعاملات المحرمة.

وقال فقهاء الشافعية: أن مشاركة الكافر تجوز مع الكراهة، لما في معاملة الكفار من الشبهة[٣].

والظاهر: أن مشاركة الكفار جائزة كالبيع والشراء منهم، إلا أنه يشترط أن يلتزم الكافر بأحكام الإسلام في معاملاته.

---

(١) انظر المصادر السابقة وتكملة المجموع ١٣/٥٠٤ و٥٠٥.
(٢) انظر التاج المذهب ٢/١٧٢، وتكملة فتح القدير ٦/١٥٩.
(٣) انظر مغني المحتاج ٢/٢١٣، وتكملة المجموع ١٣/٥٠٤.

٢ ـ ما يشترط في رأس مال الشركة:

١ ـ اتفق الفقهاء على جواز جعل رأس مال الشركة من الأثمان، وهي الدراهم والدنانير لأنها قيم الأموال وأثمان المبيعات.

واختلفوا في جواز الشركة إذا كان رأس المال عروضاً، كالثياب والطعام ونحوهما.

يرى جمهور الفقهاء: أنها لا تجوز.

لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة إلى رأس المال أو إلى مثله، والعروض لا مثل لها، وقد تزيد قيمة جنس أحد العروض على الآخر وقد تنقص قيمته، فيؤدي ذلك إلى نزاع.

وقال بعض الفقهاء: يجوز أن يكون رأس المال من العروض كالثياب والدواب ونحو ذلك، وهذا مذهب المالكية وهو قول في مذهب الحنابلة، ونقل عن بعض فقهاء التابعين أيضاً.

لأن الشركة تقتضي تصرفهما في المالين جميعاً وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كما يحصل في الأثمان.

وقال بعضهم: إن كانت العروض من ذوات الأمثال، كالحبوب ونحوها من المكيلات والموزونات جاز ذلك.

وهذا قول في مذهب الشافعية، لأنه يرجع عند المفاصلة إلى مثلها فأشبهت النقود[١].

والظاهر: أن العروض إذا كانت من جنس واحد يجوز ذلك، لأنه لو اختلفت القيم من حيث الزيادة أو النقصان لا يلحق ضرر بأي منهما، وإذا اختلفت أجناس العروض فلا يجوز، لأنه يؤدي إلى غرر. إلاّ إذا قدم كل واحد من الشريكين عرضه بالنقدين وتكون الغنيمة هي رأس المال فيجوز فيما يظهر لي، والله تعالى أعلم.

ولكن عدم وجود النقدين لا يؤدي إلى استحالة عقد الشركة، فتمكن

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٣١٠/٤، ومغني ابن قدامه ١٦/٥، ومغني المحتاج ٢١٣/٢، وبداية المجتهد ٢٥٢/٣، وتكملة المجموع ٥٠٩/١٣.

الشركة ولو لم يكن رأس المال من النقدين، وذلك: بأن يُقَوّم كل واحد من الشريكين عرضه بالنقدين وتكون القيمة هي رأس المال، فيرجعان إليه عند المفاصلة وقال بعض الفقهاء: لا تجوز بما تقوم به العروض، لأنه معدوم حال العقد يعني لا تجوز مطلقاً وهو مذهب الحنابلة وقال الحنفية: يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم يعقدان الشركة.

٢ ـ يشترط أن يكون رأس المال معلوماً، فلا يصح أن يكون مجهولاً ولا جزافاً لأنه لا يمكن الرجوع إليه عند المفاصلة إذا كان مجهولاً.

٣ ـ أن يتفق المالان في الجنس والصفة، فإن كان مال أحدهما دراهم ومال الآخر دنانير لم تصح الشركة، لأنهما مالان لا يمكن خلطهما، وهذا مذهب الشافعية وزفر من فقهاء الحنفية وقول في مذهب المالكية.

وهذا بناء على أن الشركة لا تصح عندهم حتى يختلط المالان قبل العقد ولا يمكن الخلط مع اختلاف الجنس.

ولم يشترط جمهور الفقهاء خلط المالين ولا كونهما من جنس واحد[(١)].

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأن اختلاف المالين وعدم اختلاطهما لا يتفق مع معنى الشركة، ولأنه يؤدي إلى غرر ونزاع والله أعلم.

٤ ـ لا يشترط أن يتساوى المالان في القدر، فيصح أن يكون مال أحدهما ألفاً ومال الآخر أكثر منه، وخالف في ذلك بعض فقهاء الشافعية[(٢)].

وعللوا لذلك: بأنهما إذا تفاضلا في المال فلا بد أن يتفاضلا في الربح. لأن الربح على قدر المالين.

---

(١) انظر المراجع السابقة وتكملة فتح القدير ١٧٧/٦ و١٧٨ و١٨١، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٠. وعلل الجمهور لعدم اشتراط ذلك بأن الشركة في الربح مستندة إلى العقد، لأن العقد يسمى شركة فيتحقق معنى الشركة بدون خلط للمالين.

(٢) نقل ذلك عن أبي القاسم الأنماطي وهو مخالف لعامة أصحاب المذهب، انظر تكملة المجموع ٥١٢/١٣.

وعدم اشتراط التساوي هو مذهب جمهور الفقهاء، لأن المقصود في الشركة أن يشتركا في ربح ماليهما، وذلك يمكن مع تفاضل المالين كما يمكن مع تساويهما[1].

وهذا هو الراجح، لأنه لا مانع من ذلك ما دام أن الربح والخسران يكونان على قدر المالين، إلا إذا اشترط التساوي في الربح مع التفاضل في رأس المال. فلا يجوز ذلك ويحمل القول المنقول عن بعض فقهاء الشافعية على ذلك.

٣ ـ ما يشترط في الربح والخسران:

١ ـ أن يقسم الربح بينهما والخسران على قدر المالين سواء شرطا ذلك في العقد أم أطلقا، لأن هذا مقتضى الشركة، فإن شرطا التفاضل في الربح أو الخسران مع تساوي المالين أو شرطا التساوي في الربح أو الخسران مع التفاضل في المالين لم يصح هذا الشرط، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

لأنه شرط ينافي مقتضى عقد الشركة، كما لو شرطا الربح لأحدهما.

ويرى الحنفية والهادوية أنه لا يشترط التساوي في الربح، فإذا شرط أحدهما أن يكون له نسبة أكثر من الآخر صح عقد الشركة وصح الشرط لأن ذلك لا يخرج العقد عن كونه شركة، ولا غرر في ذلك.

والظاهر أن رأي الجمهور هو الراجح، لأن ذلك يعتبر باطلاً كما لو شرطا أن يكون الربح لأحدهما فقط.

٢ ـ أن لا يشترط لأحدهما دراهم أو دنانير من الربح مسماة.

وقد نقل الاتفاق على عدم جواز ذلك، لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة. فقد لا يخرج إلاّ قدر المسمى، كما لو اشترط أن يكون جميع الربح له[3].

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٣١١/٤، وبداية المجتهد ٢٥٤/٢، ومغني ابن قدامه ٢٠/٥.
(٢) انظر المراجع السابقة وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢١١، وتكملة المجموع ٥١٤/١٣، والتاج المذهب ١٨/٣.
(٣) انظر المراجع السابقة وتكملة فتح القدير ١٨٣/٦، والاختيار ١٥/٢.

٤ ـ ما يشترط في التصرف:

١ ـ يشترط في التصرف أن يكون بما تجري به العادة، فيبيع ويشتري بما يتغابن الناس في مثله، ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة، لأن هذا عادة التجار، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما، ويستأجر ويؤجر، وبالجملة، أن يعمل كل ما فيه مصلحة وجرت عليه عادة التجار، وهل له أن يبيع نسيئة؟ للفقهاء في ذلك قولان.

والظاهر: أنه ليس له أن يفعل ذلك إلا إذا أذن له الشريك الآخر.

وخلاصة ذلك أنه يشترط أن يكون التصرف مأذوناً فيه صراحة أو ضمناً أو عرفاً.

٢ ـ ليس لأحدهما أن يخلط ماله بمال الشركة الذي لم يدخل فيها ولا مال غيره لتضمنه إيجاب حقوق فيها، وليس لأي منهما أن يستدين على مال الشركة ولا أن يقر بدين عليها إلا بإذن من الآخر[١].

٥ ـ ما تنتهي به الشركة:

١ ـ تنتهي بعزل كل واحد من الشريكين عن التصرف.

فإذا عزل أحد الشريكين صاحبه انعزل المعزول وليس له أن يتصرف بعد ذلك إلا في قدر نصيبه، لأن الشركة من العقود الجائزة، كالوكالة، فيبطل تصرف المعزول ويبقى تصرف العازل جائزاً في جميع المال حتى يعزله الآخر سواء كان المال ناضاً أم غير ناض[٢].

وهذا مذهب الشافعية وهو قول أبي الخطاب من فقهاء الحنابلة.

وقال بعض الفقهاء: أن الشريك لا ينعزل حتى ينض المال وهذا قول أكثر فقهاء الحنابلة، وقاسوا ذلك على المضاربة[٣].

---

(١) انظر المراجع السابقة ومغني ابن قدامه ٥/٢١ و٢٢.
(٢) النضوض: هو تحويل المتاع إلى دراهم أو دنانير، انظر المصباح المنير ٧٤٧/٢.
(٣) انظر مغني المحتاج ٢١٥/٢، ومغني ابن قدامه ٢٥/٥.

والظاهر أن القول بالعزل مطلقاً هو الراجح، لأن الشركة عقد جائز كالوكالة. ولأن المال مشترك بينهما فيقسم ما لم ينض بين الشريكين كسائر الأموال المشتركة، بخلاف المضاربة فإن الشركة فيها في الربح فقط دون رأس المال.

٢ ـ وتنتهي بموت أحد الشريكين أو جنونه ونحو ذلك مما يرفع الأهلية عنه.

فإن كان لمن مات من الشريكين وارث وأراد أن يقيم على الشركة فله ذلك إذا أحب الشريك الآخر وأذن له في التصرف فيكون شريكاً قائماً مقام الشريك الأول وإن شاء طالب بالقسمة[١].

٣ ـ تكون الشركة مفسوخة وباطلة، إذا لم تتوافر فيها الشروط التي ذكرت سابقاً في العاقدين أو المال أو في الربح أو في التصرف.

وإذا كانت فاسدة فلا يترتب أثر من آثار عقد الشركة، فإذا كان قد حصل ربح من المال اقتسماه على قدر رأس المال ويرجع كل واحد على الآخر بأجر عمله، لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري.

هذا إذا لم يكن مال أحدهما متميزاً عن الآخر، فإذا كان متميزاً كان لكل واحد ربح ماله[٢].

٤ ـ وإذا كانت الشركة لها مدة محددة تنتهي بانتهاء تلك المدة، فإذا أراد الشركاء أن يستمروا في الشركة عقدوا عقداً جديداً.

٥ ـ وتنتهي الشركة بهلاك جميع المال أو بهلاك جزء منه بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها.

---

(١) انظر المصدرين السابقين.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٥/٢٠ و٢١.

المطلب الثالث

في شركة المفاوضة

أ ـ تعريفها:

معناها لغة: المساواة وهي مشتقة من التفويض، وهو المصدر، تقول فوض إليه الأمر، أي رده له ليتصرف فيه.

وسميت بذلك: لاشتراط المساواة فيها من جميع الوجوه.

ومعناها عند القائلين بمشروعيتها: أن يشترك رجلان فيتساويان في ماليهما وتصرفهما ودينهما.

وهذا معناها في مذهب الحنفية والهادوية.

وقال بعض الفقهاء: أن معناها: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان.

وهذا مذهب الحنابلة.

وقال بعضهم: معناها: أن يطلق كل واحد منهما التصرف لصاحبه في المال الذي اشتركا فيه في حضوره وغيبته.

وهذا منقول عن المالكية.

ب ـ حكمها عند الفقهاء:

يرى بعضهم: أنها لا تصح مطلقاً، لأنها تشتمل على أنواع من الغرر.

وهذا مذهب الشافعية.[1]

ويرى بعضهم: أن حكمها يختلف باختلاف معناها السابق عندهم.

---

(١) انظر مغني المحتاج ٢/٢١٢.

أ ـ فتصح في مذهب الحنفية والهادوية إذا توفرت فيها الشروط التالية[1]:

١ ـ أن يكون كل واحد من الشريكين مسلماً حراً كامل الأهلية في التصرف.

٢ ـ أن يشتركا في جميع المال الذي يملكانه وأن يتساويا فيه ويخلطاه، وأن يكون المال من النقدين ولو مغشوشين. فلا تصح هذه الشركة في العروض. ولا في المالين المتفاضلين أو غير المخلوطين، فإن زاد ملك أحدهما على الآخر بطلت هذه الشركة، ويشترط فيها أيضاً أن يكون العقد بلفظ المفاوضة.

قال المرغيناني: وإن ورث أحدهما ما لا تصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا، لفوات المساواة، إلا إذا كان مما لا تصح فيه الشركة، كالعقار والعروض فلا تبطل[2].

٣ ـ أن يتساوى الشريكان في الربح والخسران، فإن فضل أحدهما على الآخر بطلت الشركة.

بخلاف شركة العنان عندهم فلا يشترط فيها التساوي في المال ولا خلطه ولا أن يكون المالان من جنس واحد ولا يشترط أيضاً التساوي في الربح فيها وهذا هو الفرق بين شركة المفاوضة والعنان عندهم.

وشركة المفاوضة عند الأحناف جائزة استحساناً، وفي القياس لا تجوز.

واستدلوا على جوازها بقوله ﷺ «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»[3].

ب ـ تصح في مذهب الحنابلة والمالكية إذا كانت بالمعنى الذي عرفوها به فلا تصح الشركة في جميع ما يملكانه من المال، وأن يلزم كل واحد ما يلزم الآخر.

---

(١) انظر تكملة فتح القدير ٥٢/٦ أو ما بعدها، والتاج المذهب ١٧٣/٣.
(٢) انظر تكملة فتح القدير ١٦٤/٦.
(٣) قال ابن حجر في الحديث: لم أجده، انظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٤٤/٢. وقال الزيلعي في نصب الراية: أنه غريب انظر ٤٧٥/٢.

فشركة المفاوضة في مذهب المالكية: أن يجعل كل واحد من الشريكين للآخر التصرف المطلق في جميع أجزاء المال المشترك فيه، وهي أهم من شركة العنان، وأما شركة العنان عندهم فلا يصح التصرف فيها إلا بإذن من الطرف الآخر.

وفي قول في مذهبهم: أن شركة المفاوضة بمعنى شركة العنان[١]. وأما شركة المفاوضة في مذهب الحنابلة التي تجوز فهي أوسع وأعم مما هي عند المالكية، وهي: أن يجمع الشريكان بين شركة العنان وبين شركة الوجوه وبين شركة الأبدان، فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده عندهم فصح مجتمعاً مع غيره[٢].

ولا تصح شركة المفاوضة إذا كانت بالمعنى الذي رآه الحنفية والهادوية لأن في ذلك غرراً ولم يرد الشرع بمثل ذلك.

والظاهر أن جواز الشركة بالمعنى الذي رآه الحنابلة والمالكية هو الراجح وأنه لا يشترط فيها إلا ما يشترط في شركة العنان، ولا يشترط أن تكون الشركة في جميع المال، ولا يشترط إسلام الشريكين معاً، ولا التساوي في المالين وإنما يشترط أن يتفق المالان في الجنس والصفة وأن يكون كل من الشريكين أهلاً في التصرف، وأن يأذن كل منهما للآخر في التصرف المطلق، وقد تقدمت هذه الشروط في شركة العنان والقول الراجح فيها.

وهذا هو ظاهر مذهب المالكية، فإنهم لم يفرقوا بين شركة العنان وشركة المفاوضة إلا في الإذن في التصرف، فالشريك في شركة المفاوضة يكون مأذوناً مطلقاً في كل التصرفات، فإذا أراد أن يتصرف في شيء فلا يحتاج أن يرجع إلى شريكه ليستأذنه، بخلاف شركة العنان فإنه يحتاج إلى الإذن في كل تصرفاته.

وهذا الحكم مأخوذ من معنى العنان والمفاوضة، فإن معنى العنان يقتضي منع التصرف من أحد الشريكين إلا بإذن من الآخر، ومعنى المفاوضة يقتضي إطلاق التصرف لكل منهما.

---

(١) انظر حاشية الدسوقي ٣/٣٥١ و٣٥٩.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٥/٢٩ و٣٠.

وهذا الذي تؤيده الأدلة الدالة على جواز الشركة.

وأما الشروط التي اشترطها الحنفية فلا دليل عليها، وفيها أيضاً تضييق لمعنى الشركة ويتعذر وقوعها والالتزام بها، وفيها غرر فاحش يؤدي إلى نزاع في الغالب، والله تعالى أعلم[1].

وتنفسخ شركة المفاوضة بما تنفسخ به شركة العنان.

المطلب الرابع

في شركة الوجوه

أ ـ تعريفها:

هي أن يشترك رجلان أو أكثر بمال غيرهما، فيشتريان بالنسيئة ويبيعان والربح بينهما.

وسميت شركة الوجوه: لأن المال الذي يشتركان في ربحه مأخوذ بالدين، والدين الذي يحصلان عليه قد يكون بوجاهتهما معاً، لأنهما ثقتان وأمينان وقد يكون الجاه لأحدهما فيستفيد شريكه من جاهه، وهذه الشركة تشبه المضاربة من حيث كون الشريكين يعملان بمال غيرهما، وتختلف عن المضاربة من حيث كون ربح المال للشريكين فقط ولم يعط صاحب المال منه شيئاً.

ب ـ حكمها:

اختلف الفقهاء فيها على قولين:

---

(١) فبمقتضى الشركة عندهم أن يلزم الشريك ما لزم الشريك الآخر، لأن كل واحد منهما ضامن للآخر فيما وجب عليه من حق مالي فلو ثبت لرجل على أحد الشريكين حق فله مطالبة من شاء منهما لأن كل واحد منهما كفيل على الآخر، ويكون طعامهما وكسوتهما من مال الشركة، انظر تكملة فتح القدير ١٦٠/٦ و١٦٢.

أحدهما: أنها جائزة:

وهذا مذهب الحنفية والهادوية والحنابلة(١).

وعللوا لذلك: بعموم الأدلة الدالة على جواز الشركة، ولأن الحاجة تدعو إليها، ولا مانع منها في الشرع.

ثانيهما: أنها لا تجوز.

وهذا مذهب الشافعية والمالكية(٢).

وعللوا لذلك: بأنها تتعلق على المال وعلى العمل؟ وكلاهما معدومان فلا تصح لما فيها من الجهالة والغرر الفاحشين.

والظاهر: أن القول بجوازها هو الراجح. لعدم المانع منها، والجهالة التي فيها لا تضر، لأنها يسيرة.

والربح يكون بينهما على قدر المال الذي أخذاه في ذمتهما، فإن أدخلا مالاً مستوياً بينهما كان الربح سواء بينهما، وان تفاضلا في المال المأخوذ بجاههما كان الربح متفاضلاً، والحاصل: أن الربح والخسران يكونان بينهما على قدر المال، كما رجحنا ذلك في شركة العنان والشروط التي في شركة العنان تطبق في شركة الوجوه والله أعلم.

المطلب الخامس

في شركة الأعمال

وتسمى هذه الشركة بشركة الأبدان وشركة الصنائع وشركة التقبل، لأنه ليس لها رأس مال، وإنما الشركاء يشتركون فيها بعملهم، أو تصنيعهم أو بأبدانهم أو بتقبلهم لهذه الأعمال.

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ١٤/٥، والاختيار ١٨/٣، والتاج المذهب ١٧٨/٣.

(٢) انظر مغني المحتاج ٢١٢/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣١١، وبداية المجتهد ٢٥٥/٢.

أ ـ معنى هذه الشركة في اصطلاح الفقهاء:

هي: أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، أو يشتركون فيما يكتسبون من مباح[1]. وعرفها الأحناف بقولهم: أن يشترك صانعان اتفقا في الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما[2].

ب ـ حكمها:

اختلف الفقهاء في هذه الشركة على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها لا تجوز مطلقاً، سواء كانت في الصناعة أم في غيرها من الأمور المباحة، كالاصطياد والاحتطاب.

وهذا مذهب الشافعية.

وعللوا لذلك: بأن الشركة لا تصح إلاّ على رأس مال، لأن الشركة في الربح تنبني على الشركة في المال الذي ينشأ منه الربح، وهذه الشركة لا مال فيها ولأن فيها غررا فاحشاً، لأنه لا يدري أن صاحبه يكسب أم لا، ولأن كل واحد من الشريكين متميز ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده[3].

ثانيها: أنها تجوز مطلقاً سواء كانت في الصناعة، أم في الاكتساب المباح، كالاحتطاب والاغتنام ونحو ذلك، وهذا مذهب الحنابلة. واستدلوا بعموم الأدلة الواردة في الشركة، وبما جاء عن ابن مسعود أنه قال: اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين»[4].

وقالوا: هذا كان على علم من النبي ﷺ فأقره ولم ينكره.

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٥/٥، وهذا التعريف في مذهب الحنابلة بناء على أنه يجوز الاشتراك في الصناعة والتجارة وكذلك تجوز في الاكتساب من المباحات، كالاحتشاش والاحتطاب.

(٢) انظر الاختيار ١٧/٢، وهذا التعريف بناء على مذهبهم بأن الاشتراك لا يجوز إلا في الصناعة فقط ولا يجوز في الاكتساب في المباحات.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢١٢/٢.

(٤) رواه أبو داود والأثرم والنسائي وغيرهم بسند ضعيف، انظر إرواء الغليل ٢٩٥/٥.

ثالثها: أنها تصح على الصناعة فقط، كالخياطة والصباغة والبناء، ونحو ذلك، وهذا مذهب الحنفية والهادوية والمالكية[1].

ويستدل لهم بعموم الأدلة على جواز الشركة، وإنما خصصوها على الصناعة فقط لأن الغالب من الأعمال أن يحصل منها ربح بسبب عمل يقوم به الطرف الآخر بخلاف الاكتساب من المباح فقد يحصل وقد لا يحصل، وقد يحصل الكسب من جانب واحد، فيكون ذلك غرراً.

جـ ـ نوع العمل الذي تجوز فيه شركة الأبدان:

يرى الحنفية والهادوية: أن هذه الشركة تصح في الأعمال مطلقاً، سواء كانت متفقة كالخياطين والنجارين، أم مختلفة، كنجار اشترك مع خياط أو حداد، فلا يشترط اتحاد العمل والمكان، لأن المقصود من الاشتراك هو تحصيل الربح فلا فرق بين أن يكون العمل متفقاً أم مختلفاً، وهذا قول في مذهب الحنابلة.

ويرى المالكية والحنابلة: أنها لا تصح إلّا مع اتفاق العمل وهذا قول زفر من فقهاء الحنفية.

وعللوا لذلك: بأن كل ما يتقبله الشريك من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطالب به كل واحد منهما، فإذا تقبل أحدهما شيئاً مختلفاً عما تقبله الآخر لم يكن للآخر أن يقوم به.

واشترط المالكية إضافة على شرط الاتفاق في الصنعة شرطاً آخر، وهو الاتفاق على المكان الذي يعملان فيه.

وأما الآلة فقالوا: إن كانت خاصة بأحدهما دفع الآخر أجرة حصته منها[2].

والظاهر: أن القول بجواز الشركة في الصنائع ولو كانت غير متفقة هو الراجح، ولا يشترط الاتفاق في المكان أيضاً، لأن الشريكين قد يحتاجان لأماكن متعددة، ولعموم الأدلة على جواز الاشتراك.

---

(١) انظر تكملة فتح القدير ١٨٦/٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٢١١، والتاج المذهب ١٧٩/٣.

(٢) انظر المصادر السابقة.

وإذا كانت جماعة أخوة أو غيرهم متكافئين في الأعمال، فكان أحدهم يحرث وآخر يخدم الدواب ويعلفها من بقر أو جمال أو نحوهما، وبعضهم يرعى الغنم وآخر يتجر، وبعضهم في حوائج البيت وإصلاحه بحيث لا يتم لأحدهم العمل ولا ينتظم ما هو فيه إلا بكفاية الآخرين له فيما هم فيه، فقد ذكر بعض الفقهاء بأن هذه شركة ويكون حكمها حكم شركة الأبدان ويسمى ذلك بالشركة العرفية، فما حصل من المصالح يكون مشتركاً بينهم فلو اشترى أحدهم أرضاً أو نحوها كان الشراء له ولشركائه ولو أضاف الشراء لنفسه فإنه يكون للجميع.

وأما إذا كان كل واحد منهم يكتسب لنفسه فليسوا بشركاء وإن كانوا مشتركين في السكنى والطعام والشراب، فما كسبه أحدهم فهو لنفسه وليس للآخرين منه شيء، وليس عليهم من خسارته إذا خسر شيء[1].

د ـ أحكام تتعلق بشركة الأعمال:

١ ـ كل واحد من الشريكين أمين ومصدق فيما يدعيه من تلف أو خسارة، وما تلف في يد أحدهما من غير تفريط كان من ضمانهما معاً، لأن كل واحد منهما ضمين على الآخر، إلا إذا تعدى كان من ضمانه وحده لأنه متعد.

٢ ـ الربح والخسران يكونان بينهما على حسب ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل، لأن كلا منهما يستحق الربح بالعمل، فيجوز أن يتفاضلا في الربح كما يجوز أن يتفاضلا في العمل.

وقال بعض الفقهاء: أن الربح والخسران يتبعان التقبل، فصاحب الثلث يضمن الثلث، وصاحب النصف يضمن النصف، وهكذا.

وهذا بناء على مذهبهم: بأن كل واحد من الشريكين ليس كفيلاً عن الآخر

(١) ذكر ذلك القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي في التاج المذهب ١٨٢/٣، وقد أخذ بهذه المسألة القانون المدني في المعاملات الشرعية فذكر في المادة ٦٣٢: بأن الشركة العرفية: هي الخلطة في الأموال والتكافؤ في الأعمال على أن يعمل شخصان أو أكثر، كل بحسب ما يحسنه فيكفي كل منهم الآخر ويكون المستفاد مشتركاً بينهم جميعاً وما يلزم أحدهم يكون عليهم جميعاً.

وإنما هو وكيل عنه، يعني: أن المتقبل وكيل لشريكه وهو الذي يطالب بجميع العمل والضمان وبجميع الأجرة، ثم يرجع المتقبل على صاحبه بما طولب به من العمل والضمان ونحو ذلك، وهذا مذهبهم أيضاً في شركة العنان والوجوه ما عدا شركة المفاوضة فإنها معقودة على الضمان[١].

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأن الشركة تقتضي المساواة في الربح والخسارة، فإن اتفقا على غير ذلك جاز، لأنه لا مانع من ذلك.

٣ ـ إن عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما، لأن العمل مضمون عليهما معاً فيكون الربح بينهما، ويستحق الذي انفرد بالعمل أجرة عمله على شريكه كما لو استأجر رجلاً أن يبني له حائطاً، فاستأجر ذلك الرجل إنساناً آخر كانت الأجرة على المستأجر، سواء ترك العمل لمرض أم غيره[٢].

٤ ـ فإن دفع رجل دابته أو سيارته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله منها بينهما أنصافاً أو ثلاثاً أو كيفما شرطا صح[٣].

وكذلك إذا كانت لأحدهما آلة أو بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على أن يعملا بالآلة أو في البيت والأجرة بينهما جاز ذلك[٤].

٥ ـ تنتهي شركة الأعمال بما تنتهي به شركة العنان، وكذلك يشترط فيها ما يشترط فيها في الغالب، وقد تقدم تفصيل ذلك في شركة العنان، والله تعالى أعلم.

---

(١) فشركة الأعمال مبنية على الضمان في مذهب الحنفية والحنابلة وهو قول في مذهب الهادوية انظر مغني ابن قدامه ٥/٨، والاختيار ٣/١٧، والتاج المذهب ٣/١٨٠. والقول الثاني: هو الراجح في مذهب الهادوية، والظاهر: أن الخلاف لفظي ما دام أن المتقبل يرجع إلى صاحبه.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٥/٨.

(٣) وقال كثير من الفقهاء: لا يصح ذلك، والربح كله لرب الدابة أو لرب السيارة وللعامل أجرة مثله، لأن هذا ليس من أقسام الشركة، إلا أن يكون مضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض، وأجاز ذلك الحنابلة، قياساً على المزارعة والمساقاة، لأنه إجارة عين ببعض ما يخرج منها، انظر مغني ابن قدامه ٥/١٠.

(٤) انظر المصدر السابق.

المبحث الثاني
في شركة المضاربة
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

في تعريف المضاربة وحكمها

أ ـ تعريف المضاربة:

المضاربة نوع من أنواع الشركة، وجعلت من أنواع الشركة لأن العامل ورب المال يشتركان في الربح.

ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض وهو السفر والسعي فيها للتجارة مأخوذ من قوله تعالى ﴿**وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله**﴾[1].

وقوله تعالى ﴿**وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة**﴾[2].

وبعض الفقهاء يسمون هذا العقد: بالقراض، مأخوذ من القرض وهو القطع، كأن صاحب المال اقتطع قطعة من ماله وسلمها للعامل، أو اقتطع له قطعة من الربح في مقابل عمله، أو مأخوذ من المقارضة، وهي المساواة والموازنة ومنه قولهم:

---

(١) سورة المزمل، آية ٢٠.

(٢) سورة النساء، آية ١٠١. ويحتمل أن المضاربة مأخوذة: من ضرب كل منهما من الربح، انظر كشاف القناع ٣/٤٩٧.

قارض الناس ما قارضوك، أي ساوهم ما ساووك، ويقال: تقارض الشاعران إذا توازيا.

والقراض تسمية أهل الحجاز، والمضاربة تسمية أهل العراق. وتسميتها بالمضاربة أرجح، لورود ذلك في القرآن الكريم.

وأما تعريفها في اصطلاح الفقهاء فقد جاء بعبارات مختلفة متقاربة في المعنى نختار منها أوضحها، وهو أن يدفع رجل مالاً معلوماً لآخر يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه[1].

ومن أوضح معانيها القول: بأنها عقد بين شخصين على عمل في مال بجزء معلوم من الربح.

ب ـ حكمها:

تجوز المضاربة باتفاق العلماء، وهذا هو النوع الثاني من أنواع الشركة الجائزة بإجماع العلماء[2].

وقد وردت أدلة كثيرة تدل على جواز المضاربة من الكتاب والسنة منها عموم الأدلة التي **استدللت** بها على جواز الشركة في المبحث الأول.

وهناك أدلة أخرى من الكتاب والسنة والمعقول، إضافة إلى الاجماع.

أما الأدلة من الكتاب فمنها الآيتان السابقتان في التعريف.

ومنها قوله تعالى ﴿**ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم**﴾[3] قال العلماء: المراد بالفضل: هو ربح التجارة.

ومن السنة: أن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به: أن لا تجعل مالي في كبد رطب ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن مسيل فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي[4].

(١) انظر المصدر السابق ونهاية المحتاج ٢١٧/٥ و٢١٨، والبحر الزخار ٧٩/٥.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٢٦/٥، وبدائع الصنائع ٣٥٨٧/٨، وحاشية الدسوقي ٥١٧/٣، وبداية المجتهد ٢٣٥/٢ و٢٣٦، والمراجع السابقة.

(٣) سورة البقرة، آية ١٩٨.

(٤) رواه الدارقطني والبيهقي، وقال الألباني: سنده صحيح على شرط الشيخين وقال ابن حجر: سنده قوي، انظر: إرواء الغليل ٢٩٣/٥.

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن حكيماً رضي الله عنه كان يفعل ذلك في عهد النبي ﷺ فأقره ولو لم يكن ذلك جائزاً لأنكر عليه فيكون ذلك الحكم ثابتاً بالسنة التقريرية.

ونقل فعل المضاربة عن جماعة من كبار الصحابة منهم عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم أجمعين[١].

قال ابن حزم: وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها وفيهم الشيخ الكبير الذي لا يطيق السفر والمرأة والصغير واليتيم فكانوا يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح فأقر رسول الله ﷺ ذلك في الإسلام وعمل به المسلمون عملاً متيقناً لا خلاف فيه[٢].

وأما المعقول: فإن حاجة الناس داعية إلى مشروعية المضاربة لأن الشخص قد يكون له مال لكنه لا يهتدي إلى التجارة، وقد يهتدي إلى التجارة ويحسن إتقانها ولكنه لا مال له فشرعت هذه المعاملة لمصلحة العباد وسد حاجتهم.

المطلب الثاني

في أركان المضاربة

أركانها أربعة، وهي: العاقدان، وهما العامل ورب المال، والصيغة وهي الإيجاب والقبول، والمال، وهو رأس مال التجارة، والربح، وهو نماء رأس المال الذي يشترك فيه العامل ورب المال[٣].

هذا موجزها، وفيما يأتي تفصيلها وبيان شروطها.

---

(١) وهذا النقل الوارد عن الصحابة صحيح انظر المصدر السابق.
(٢) انظر المحلى ١١٦/٩.
(٣) وبعض الفقهاء قال بأن لها ركناً واحداً وبعضهم قال خمسة أركان. والخلاف في ذلك لفظي لا يترتب عليه حكم.

١ ـ العاقدان:

العاقدان، وهما رب المال والعامل، ويشترط فيهما من حيث الجملة ما يشترط في الموكل والوكيل.

فيشترط فيهما أن يكونا ممن يملك مباشرة التصرف بنفسه فلا تصح المضاربة من المجنون أو العبد الذي لم يؤذن له في التجارة ولا من المحجور عليه، كالصبي والسفيه ونحو ذلك، فيشترط فيهما ما يشترط في الشريكين في شركة العنان وغيرها وقد تقدم تفصيل ذلك في شركة العنان وكذلك في عقد البيع وغيره من العقود[١].

٢ ـ الصيغة:

والمراد بالصيغة هي الإيجاب والقبول باللفظ، فالإيجاب: أن يقول رب المال: ضاربتك أو قارضتك أو عاملتك أو بع واشتر على أن الربح بيننا نصفان. والقبول: أن يقول العامل رضيت أو قبلت، ونحو ذلك من الألفاظ التي تدل على المعنى ولا يشترط في ذلك لفظ معين، إلا أنه يشترط أن يكون الإيجاب والقبول باللفظ ولاتصح المعاطاة في عقد المضاربة[٢].

وفي قول في مذهب الشافعية أنه يكفي في القبول أن يكون بالفعل، كما في الوكالة والجعالة، والأصح عندهم أنه لا يصح مطلقاً إلا باللفظ[٣].

حكم عقد المضاربة إذا اقترن بشرط في صيغته:

الأصل في العقد أن تكون صيغته منجزة خالية من الإضافة والتعليق كأن يقول رب المال للعامل: ضاربتك أو عاملتك على مالي هذا والربح بينهما على القدر الذي يتفقان عليه، بدون شرط ولا قيد.

---

(١) وقد تقدم في شركة العنان: أنه لا يشترط في العاقدين الإسلام، وكذلك في المضاربة.
(٢) انظر بدائع الصنائع ٣٥٨٨/٨، ومغني المحتاج ٣١٣/٢.
(٣) انظر نهاية المحتاج ٢٢٦/٥، ويشترط في الصيغة ما يشترط في صيغة عقد البيع.

وقد يقترن العقد بشرط من الشروط، مثل: قارضتك إن رضي شريكي أو إذا عاد فلان من السفر أو إذا جاء رأس السنة ونحو ذلك.

فبعض الفقهاء يرى: أن تعليق العقد بأمر مستقبل وغيره من التعليقات يفسده ولا تصح المضاربة إذا اقترن بها شرط، قياساً على البيع، ولأنه يؤدي إلى غرر، ولم يذكروا في ذلك تفصيلاً، بل اكتفوا بقولهم: لا يصح أن يعلق العقد على شرط مستقبل(١).

وبعضهم فَصَّلَ في الشروط التي تقترن بالعقد، فقال: منها صحيح ومنها فاسد.

أ ـ شرط صحيح، مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجر به إلا في بلد معين، أو أن لا يبيع إلا من فلان ولا يشتري إلا منه، أو لا يشتري نوعاً معيناً، فهذه الشروط صحيحة ويلزم التقيد بها.

وهذا مذهب الحنابلة والحنفية والهادوية(٢).

وعللوا لذلك: بأنها مضاربة خاصة لا تمنع الربح، قياساً على الوكالة.

وكذلك تأقيت المضاربة إلى سنة ونحو ذلك فإنه يجوز عندهم.

ولا يصح شرط التأقيت ولا غيره من الشروط في مذهب الشافعية والمالكية والظاهرية، لأنه شرط ينافي العقد، ولأن شرط التأقيت فيه ضرر على العامل، لأنه قد يكون الربح في بقية المتاع، إلا المالكية فإنهم أجازوا التقييد بالنوع إذا كان مما يستمر وجوده طول العام(٣).

---

(١) انظر تكملة المجموع ٢٠٠/١٤، والمحلى ١١٦/٩.

(٢) انظر الاختيار ٢١/٣، ومغني ابن قدامه ٦٨/٥، والتاج المذهب ١٥٢/٣.

(٣) انظر المراجع السابقة ومغني المحتاج ٣١٢/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٠٩، وقد نص القانون المدني اليمني الشرعي في مادته ٨١٩ على أنه يصح تعليق المضاربة بالشرط والوقت والحجز على العامل في تصرفه في رأس المال إلا ما استثني في المادة ٨٢٠ فقال فيها: لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن يقصر تعامله على شخص معين، فهذا مخالف لموجب المضاربة، كما لا يجوز له أن يشترط على العامل أن يبيع بالنسيئة، وإذا تضمن العقد شرطاً من هذين صح العقد وبطل الشرط.

ب ـ شرط فاسد

وأسباب فساد الشرط ثلاثة أمور:

أحدها: منافاته لمقتضى العقد، مثل: أن يشترط لزوم المضاربة لأن المضاربة عقد جائز[1] أو لا يعزله مدة بعينها، أو لا يبيع إلابرأس المال أو أقل، وهذا الشرط مناف لمقتضى العقد، لأن العقد يقتضي العمل لأجل الربح، أو شرط عليه أن لا يبيع إلا ممن اشترى منه أو لا يبيع ولا يشتري ونحو ذلك فإن هذه الشروط فاسدة، لأنها تفوت المقصود من المضاربة، وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل.

ثانيها: جهالة الربح، مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين، أو أحد الألفين، أو ما ربح في هذا الشهر أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي، فهذه الشروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية.

ثالثها: كونه ليس من مصلحة العقد ولا من مقتضاه.

مثل: أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر، أو يأخذه بضاعة أو قرضاً، أو يخدمه في شيء بعينه، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الخسارة، أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بالثمن، فهذه شروط فاسدة. وبعض هذه الشروط نقل الاتفاق على فسادها ومنها: اشتراط تضمين المضارب للمال إذا تلف ولو بدون تعد وتفريط.

ومنها اشتراط تضمين المضارب الخسارة وحده أو على أن تكون بينهما فالشرط باطل باتفاق[2] واختلفوا في العقد.

---

(١) عقد المضاربة ليس بلازم فيجوز لكل من العاقدين فسخه كالوديعة والوكالة سواء قبل التصرف أم بعده، وهذا مذهب جمهور الفقهاء. انظر مغني ابن قدامه ٦٤/٥، والمهذب ٣٩٥/١، وفي القانون المدني الشرعي: أنه يجوز للعاقدين فسخ المضاربة قبل الشروع في العمل فإذا شرع العامل في العمل صار لازماً لهما فلا ينفسخ إلا بانقضاء المدة المتفق عليها أو المدة المعتادة. انظر القانون المدني مادة ٨٤٠، وهذا مذهب المالكية، انظر بداية المجتهد ٢٤٠/٢.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٦٨/٥.

١ - يرى بعض الفقهاء: أن فساد الشرط إذا كان بسبب جهالة في الربح فسدت المضاربة، لأن الفساد كان في العوض المعقود عليه وهو ركن من أركان المضاربة فيفسد العقد، وما عدا ذلك فيفسد الشرط وحده ولا يفسد العقد، لأنه عقد يصح على مجهول فلا تبطله الشروط الفاسدة، وهذا مذهب الحنابلة والحنفية[١].

٢ - ويرى بعضهم: أن كل شرط فاسد يفسد العقد، لأن الشرط الفاسد يفسد العقد، وهذا مذهب المالكية وهو قول في مذهب الحنابلة[٢].

٣ - ويرى بعضهم: أن الشروط الفاسدة لا يستلزم منها فساد العقد مطلقاً بل العقد يكون صحيحاً ويبطل الشرط وحده وهذا قول في مذهب الحنفية[٣].

والظاهر: أن القول بفساد العقد بالشروط الفاسدة هو الراجح وهو الذي قال به المالكية وغيرهم من الفقهاء، كما هو المختار في عقد البيع بأن كل شرط لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته أو كان منافياً لمقتضاه يبطل العقد.

أثر فساد عقد المضاربة في الربح:

يرى جمهور الفقهاء: أن المضاربة إذا فسدت كان الربح كله لرب المال، فإذا وجد ربح من رأس المال لم يستحق العامل منه شيئاً وكان له أجر مثله لأن تسميته من توابع المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة[٤].

وقال بعض الفقهاء: أن الربح بينهما على ما شرطاه، لأنه عقد يصح مع

---

(١) وهذا مذهب الهادوية أيضاً، انظر تكملة فتح القدير ٨/٤٥٠، ومغني ابن قدامه ٥/٧٠ والتاج المذهب ٣/١٥١.

(٢) أنظر المصادر السابقة وحاشية الدسوقي ٣/٥٢٠.

(٣) انظر تكملة فتح القدير ٨/٤٥١، والخلاف مبني على الخلاف في الشروط في عقد البيع وهناك تفصيل أقوال الفقهاء وأدلتهم.

(٤) انظر مغني ابن قدامه ٥/٧٢، والاختيار ٣/٢٠، وأخذ القانون المدني بذلك في المادة ٨٣٧.

الجهالة فيثبت المسمى في فاسده، كالنكاح.

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، وأما قياسهم على النكاح فغير صحيح، لأن النكاح الفاسد لا يجب فيه المسمى وإنما يفسد المسمى فإن المسمى لا يجب إلا في النكاح الصحيح.

٣ ـ المال:

هذا هو الركن الثالث من أركان المضاربة وهو رأس المال ويشترط فيه ما يأتي:

١ ـ يشترط أن يكون رأس مال المضاربة معلوماً، فلا تصح المضاربة بمال مجهول لأنه لا بد من الرجوع إليه عند المفاصلة ولا يمكن ذلك مع الجهل به.

٢ ـ يشترط فيه أن يكون من النقدين ـ الذهب والفضة ـ ولا يصح أن يكون من العروض، واشترط جمهور الفقهاء في النقدين أن يكونا مضروبين فإذا كانت النقود غير مضروبة، كالتبر والسبائك أو كانت مغشوشة فلا تصح بها المضاربة لأنها كالعروض وكذلك لا تصح بالفلوس ـ لأنها كالعروض، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، ونقل ذلك عن مالك وأبي حنيفة(١).

وقال بعض الفقهاء: يجوز أن يكون فلوساً إذا كانت رائجة في التعامل وكذلك في المغشوشة والتبر إذا تعامل الناس بها في العادة وجعلوها أثماناً(٢).

وهذا هو الراجح، لأن الفلوس والأوراق النقدية يتعامل الناس بها بدل الدراهم والدنانير، ولأنها لا تتعين بالتعيين.

ولا يصح أن يكون رأس المال عروضاً عند عامة الفقهاء الاّ ابن أبي ليلى فإنه أجاز ذلك، ورجح بعض الفقهاء ذلك إذا جعلت قيمة العروض عند العقد رأس مال المضاربة.

---

(١) انظر المهذب ٢٩٢/١، وتكملة فتح القدير ٤٤٧/٨، وبداية المجتهد ٢٣٧/١.

(٢) ونقل ذلك عن محمد صاحب أبي حنيفة وبعض فقهاء المالكية.

وهذ بخلاف شركة العنان فإن الخلاف فيها مشهور وقد اخترت القول بجواز جعل رأس مال الشركة عروضاً مقومة بقيمة معلومة ويكون الرجوع عند المفاصلة إلى قيمتها، والله تعالى أعلم(١).

٣ ـ أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً.

فإذا كان لرجل على آخر دين فقال له: ضارب بالدين الذي في ذمتك فلا يجوز، ونقل الاتفاق على ذلك(٢).

وعللوا لذلك: بأن الدين الذي في الذمة ملك لمن هو عليه فلا يملكه ربه إلّا بقبضة ولم يوجد القبض، فإذا تصرف المدين ـ العامل ـ بالشراء على سبيل المضاربة صار مشترياً لنفسه بنفسه ويكون الربح والخسران عليه دون رب المال.

وإذا كان الدين في ذمة شخص آخر ـ غير العامل، فقال رب المال للعامل اقبضه ثم ضارب به أجاز ذلك الحنابلة والحنفية، لأنه يعتبر وكيلاً، وتكون المضاربة مضافة إلى المقبوض، فيكون رأس المال عيناً لا ديناً(٣).

ولا يجوز ذلك في مذهب الشافعية والمالكية، لأن العقد يكون بذلك معلقاً والتعليق يفسد القراض(٤).

والظاهر أنه يجوز ذلك، لأنه لا دليل على المنع، وأما التعليق الذي ذكروه فلا يفسد العقد، لأنه ليس كل تعليق يفسد العقد.

٤ ـ أن يكون رأس المال مُسَلَّماً للعامل بالفعل.

---

(١) ولم يفرق القانون المدني بين المضاربة وشركة العنان في جواز جعل رأس المال سلعة مقومة فقال في المادة ٨١٦: يشترط في رأس المال أن يكون معلوم المقدار والصفة مقدماً من أحدهما للآخر، وأن يكون نقداً يتعامل به أو ما في حكمه، كسلعة عرف ثمنها باتفاق الطرفين فيكون رأس المضاربة، والظاهر أن ذلك هو الصواب.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٧٢/٥، وبدائع الصنائع ٣٥٩٥/٨.

(٣) انظر المصدرين السابقين وكشاف القناع ٥٠٣/٣.

(٤) انظر مغني المحتاج ٣١٠/٢، وبداية المجتهد ٢٣٧/٢.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، لأنه لا يمكنه التصرف في المال إلا إذا كان في يده، فإذا لم يقبضه من المالك فلا يتحقق العمل المقصود في المال.

ولم يشترط بعض الفقهاء ذلك: لأن مورد العقد في المضاربة هو العمل.

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأن بقاء المال في يد مالكه يجعل العامل عاجزاً عن التصرف الكامل في المال.

٤ ـ الربح:

هذا هو الركن الرابع من أركان المضاربة، ويشترط فيه الشروط التالية:

يشترط فيه أن يكون نصيب كل من العامل ورب المال جزءاً مشاعاً معلوماً.

وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، لأن الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.

فلو قال المالك: خذ هذا المال واتجر به ولك جزء من الربح فلا تصح المضاربة، لأن الجزء غير معلوم، وكذلك لو جعل له دراهم معينة بالعد لم تصح لأنه ليس مشتركاً بينهما، لأن المضاربة مبنية على الاشتراك.

ولو قال: خذ هذا المال واتجر به والربح بيننا صح ذلك ويحمل على التساوي.

وقال بعض الفقهاء: لا يصح، لأن الربح مجهول.

ولو قال له: لك النصف فيه قولان للفقهاء أيضاً[١].

والراجح فيما يبدو لي: الجواز في المسألتين، لأن الربح معلوم أما في المسألة الثانية فظاهر، وأما في الأولى فإن كلمة «بيننا» تحمل على التساوي في العرف.

---

(١) انظر المصادر السابقة وتكملة المجموع ١٩٩/١٤، وبدائع الصنائع ٣٥٩٩/٨، وغاية المنتهى ١٦٨/٢. وإن قال: والربح كله لك أو لي فسدت المضاربة، انظر كشاف القناع ٤٩٩/٣.

ويتضح لنا مما تقدم: أنه يشترط في الربح أن يكون نصيب كل من العامل ورب المال جزءاً معلوماً مشتركاً بينهما مقصوراً عليهما.

فلا يصح أن يشترط منه جزء لطرف آخر.

وعدم جواز اشتراط جزء لطرف آخر هو مذهب جمهور الفقهاء(١).

ونقل عن مالك جواز ذلك مثل: أن يكون ثلث لرب المال وثلث للعامل وثلث للمساكين أو لشخص آخر يسمونه، ويعتبر ذلك من قبيل التبرع(٢).

والظاهر: أن ما نقل عن مالك هو الراجح، لأن الجزء المشترط لغير العامل يعتبر حقاً لرب المال تبرع به، ولأنه لا يؤدي إلى جهالة بنصيب كل منهم فما دام أن لكل منهم جزءاً معلوماً فلا مانع من ذلك، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث

في أحكام تتعلق بالمضاربة

أ ـ في تصرفات المضارب ـ العامل:

إذا أجرى عقد المضاربة مطلقاً، بدون شرط ولا قيد، فعلى العامل أن يتولى ما جرت به العادة أن يتولاه بنفسه من الأعمال(٣). ويبيع ويشتري بما يتغابن الناس في مثله، وإذا قال له: خذ هذا المال واعمل فيه برأيك فيجوز له أن يعمل كل تصرف يتعلق بالتجارة بما جرت به العادة. فله أن يتجر في أنواع التجارة، وله أن يودع ويستأجر ويؤجر وأن يوكل ويرهن بدين عليه في المضاربة وأن يحتال بالثمن، لأن ذلك من عادة التجارة.

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٥/٣٦.

(٢) انظر المدونة ٥/٤٩، وأجاز المالكية أن يجعل الربح كله لأحدهما أو لغيرهما ويخرج عن كونه قراضاً حقيقة أن جعل الربح كله للعامل وصار قرضاً ويضمن رأس المال، انظر حاشية الدسوقي ٣/٥٢٣.

(٣) كالحمل والنشر والطهي والحراسة ونحو ذلك من الأعمال التي يحتاج إليها لمصلحة التجارة.

وليس للمضارب شراء ما لا يجوز بيعه كالميتة والخنزير والخمر ونحو ذلك.

هذه الأمور التي يكون تصرف العامل فيها في المضاربة المطلقة على حسب العرف. وهناك أمور ليس للمضارب أن يعملها إلاإيإذن من رب المال وفي بعضها خلاف عند الفقهاء، منها ما يأتي:

١ ـ لا يسافر بالمال إلا بإذن رب المال.

وهذا مذهب الشافعية وهو قول في مذهب الحنابلة، لأن في السفر تغريراً بالمال وخطراً، ولا يجوز له التغرير بالمال إلا بإذن مالكه[1].

وأجاز الحنفية والمالكية ذلك لأن الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً.

وبعض هؤلاء الفقهاء قيدوا جواز ذلك بأمن الطريق، فإذا كان مخوفاً فلا يجوز، وهذا هو الراجح فيما يبدو لي، وهو الرجوع إلى العرف في ذلك.

٢ ـ ليس له أن يبيع نسيئة إلا بإذن رب المال:

وهذا مذهب المالكية والشافعية وقول في مذهب الحنابلة ومحمد وأبي يوسف صاحبا أبي حنيفة، لأن البيع نسيئة يعرض رأس المال للهلاك والضياع[2].

وأجاز ذلك أبو حنيفة وهو قول في مذهب الحنابلة، لأن إذنه للتجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة، وهذا عادة التجار[3].

والظاهر أنه يجوز ذلك، وما فات من الثمن لا يلزمه ضمانه، إلا أنه يشترط أن لا يفرط فيبيع ممن لا يوثق به أو من لا يعرفه فإن فعل ذلك ضمن الثمن. لانه مفرط.

٣ ـ ليس له أن يشتري بالدين إلّا بإذن من رب المال:

---

(١) انظر المهذب ٣٩٤/١، ومغني ابن قدامه ٤١/٥.

(٢) انظر المصادر السابقة والمنتقى شرح الموطأ للباجي ١٧٥/٥.

(٣) انظر المصادر السابقة.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، لأن ثمن المُشْتَرَى في باب المضاربة مضمون على رب المال فلو استدان بغير إذنه لأدخل عليه ضمان ما لم يرض به[1].

ولم يُجِزْ المالكية ذلك مطلقاً، لأن الدين يقع مضموناً على العامل فإذا استدان العامل زيادة على مال المضاربة كان الربح بينه وبين العامل فيأخذ من الربح، دون أن يضمن وهذا منهي عنه لأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن[2].

والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن العامل عندما يأخذ بالدين بإذن رب المال يعتبر وكيلاً والدين في الحقيقة على رب المال ويكون مضموناً عليه.

فإن استدان بدون رضاه وبدون إذنه لم تبطل المضاربة وإنما يكون العامل شريكاً لرب المال بما زاده على مال المضاربة ويختص بربحه وخسارته، بشرط أن لا يحصل ضرر على رب المال من حيث الربح ورأس المال.

٤ ـ ليس له أن يضارب بمال المضاربة إلا بإذن رب المال:

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وهو قول في مذهب الشافعية[3].

وعللوا لذلك: بأن العامل يعتبر كالوكيل، والوكيل لا يملك التوكيل بمطلق العقد فكذلك العامل فإنه لا يملك أن يضارب بالمال بمجرد عقد المضاربة فلا بد من الإذن من رب المال.

والأصح في مذهب الشافعية: أنه لا يجوز للعامل أن يضارب بالمال حتى ولو أذن له رب المال، لأن المضاربة شرعت على خلاف القياس، لأن العامل لا يملك عقد المضاربة، ولو فعل ذلك كان القراض باطلاً بالنسبة للعامل الثاني وصحيحاً بالنسبة للأول، فإن تصرف الثاني كان له أجر المثل والربح كله لرب المال وليس للأول شيء لأنه لم يعمل شيئاً من العمل[4].

---

(١) انظر المهذب ٣٩٤/١، ومغني ابن قدامه ٤٧/٥.

(٢) انظر بلغة السالك لأقرب المسالك ٢٣٢/٢، والحديث تقدم في النهي عن بيع ما لم يقبض.

(٣) انظر مغني ابن قدامه ٥٠/٥، ونهاية المحتاج ٢٢٧/٥، وحاشية الدسوقي ٥٢٦/٣.

(٤) فإن ضارب بغير إذن رب المال وربح المال فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول؛ وللثاني أجرة المثل؛ وقيل: لا شيء له أيضاً، لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه. انظر مغني ابن قدامة ٤٩/٥.

والقول الثاني في مذهبهم أنه يجوز إذا أذن له رب المال ويصير المضارب الأول معزولاً بمجرد الإذن له بالمضاربة ويكون الربح بين المضارب الثاني ورب المال وليس للمضارب الأول شيء[١].

وقال الفقهاء الذين أجازوا للعامل أن يضارب إذا أذن له رب المال: إن كان العامل الأول لم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً، ولا يصح أن يشترط لنفسه شيئاً من الربح، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل والربح لا يستحق إلا بواحد منهما[٢].

والظاهر: أنه يجوز للعامل أن يضارب بالمال إذا أذن له رب المال صراحة أو ضمناً[٣] ويكون الربح بينه وبين المضارب الثاني على حسب الاتفاق فله أن يتنازل عن الربح ويجعله كله للمضارب الثاني وله أن يشاركه في الربح والعمل وله أن يأخذ ربحاً بدون عمل ويعتبر نفسه كالمالك، ثم يأخذ المضارب الثاني ما اشترطه من الربح ثم يقسم ما بقي من الربح بين المضارب الأول ورب المال على حسب الاتفاق، لأن الباقي يعتبر هو الربح لأنه ضارب فيه بإذن رب المال، وله أن يشترط أن يكون نصيب الثاني من ربح الأول، وهذا يعتبر قول ثالث في هذه المسألة.

٥ ـ ليس له أن يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره إلا باذن من رب المال. فإذا أراد خلط ماله بمال المضاربة فليأخذ موافقة رب المال على ذلك ويكون شريكاً له في المال الذي يعمل فيه ويكون ما يخص حصة ماله من الربح خالصاً له وكذلك إذا خلط مال غيره فيكون مضارباً بمال شخصين أو أكثر فيأخذ كل واحد حصته من الربح على قدر المال الذي دفعه مضاربة، فإن لم يستأذن كان ضامناً لمال المضاربة[٤].

(١) انظر نهاية المحتاج ٥/ ٢٢٧. وفي مذهبهم: إذا ضارب بغير إذن من رب المال يعتبر كالغاصب.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥/ ٥٠. والظاهر: أنه لا يجوز له التضارب في المال بغير إذن باتفاق.

(٣) فيدخل الإذن ضمناً إذا قال له: إعمل فيه برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة من خلط المال وغير ذلك وقال بذلك بعض الفقهاء وأخذ به القانون المدني الشرعي، جاء في المادة ٨٢٤: إذا فوض العامل مطلقاً جاز له خلط رأس المال بغيره والمضاربة به.

(٤) انظر تكملة المجموع ١٤/ ٢١٤، والمدونة ٤/ ٥٥ و٥٦.

واشتراط الإذن في خلط المال مطلقاً هو قول للفقهاء.

وقال بعضهم: إن قال له: اعمل برأيك جاز له ذلك ولا يحتاج إلى إذن من رب المال، لأنه قد يرى الخلط أصلح فيدخل في قوله اعمل برأيك، ونقل ذلك عن أكثر الفقهاء[1].

٦ ـ ليس له أن يتصرف في المال بغير عوض، كالهبة والصدقة إلا بإذن صريح من رب المال، وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، وكذلك ليس له أن يقرض من مال المضاربة إلا بإذن صريح من رب المال وكذلك ليس له أن يتعامل بالسفتجة إلا بإذن صريح من رب المال[2].

ب ـ استحقاق العامل للنفقة:

اتفق الفقهاء على أن العامل إذا كان مقيماً لا يستحق النفقة من مال المضاربة.

إلا أن بعضهم قال: يستحقها في الحضر إذا اشترط ذلك في العقد لأنه اشترط ذلك في مقابل عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة.

وهذا مذهب الحنابلة[3].

ويرى جمهور الفقهاء: أنه يستحقها في السفر، لأن سفره لأجل المال فكانت نفقته عليه، كأجرة الحمال، ولا يستحقها في الحضر مطلقاً.

ويرى الحنابلة وهو قول في مذهب الشافعية: أن نفقته من مال نفسه، لأن نفقته تخصه ولا فرق بين سفر وحضر.

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٥/٥٠ وأخذ القانون بذلك في المادة ٨٢٤.

(٢) والعرف في القانون يقوم مقام الإذن الصريح في المادة ٨٢٤: ويجوز له القرض والسفتجة إذا أذن له بهما أو جرى عرف بذلك.

والسفتجة: بفتح السين وسكون الفاء بعدها تاء وجيم مفتوحتان. وهي أن يعطي الإنسان ماله لشخص ولهذا الشخص مال في بلد المعطى فيوفيه إياه من ذلك المال الذي في بلده فيستفيد المعطي أمن الطريق وقال بعض الفقهاء: أنها من قبيل الحوالة لاشتمالها على معناها.

(٣) انظر مغني ابن قدامه ٥/٧٠.

إلا أن الحنابلة قالوا يستحقها إذا اشترطها في العقد مطلقاً.

ويرى بعض الفقهاء: أنه يأخذ ما يزيد على نفقة الحضر، فإن كانت نفقته في الحضر في المدة التي سافر فيها ألف ريال مثلاً، وفي السفر ألفين فيأخذ الزيادة وهي ألف ريال، وهذا قول في مذهب الشافعية(١).

ويبدو أنه أعدل الأقوال وأحسنها والله أعلم.

واشترط الذين أجازوا أخذ النفقة في السفر ما يلي:

١ ـ أن تكون النفقة على حسب العادة.

٢ ـ أن يكون السفر لأجل المضاربة.

٣ ـ أن يكون في الربح سعة بحيث لا تستغرق النفقة جميع الربح(٢).

جـ ـ استحقاق العامل للربح:

يستخرج الربح في المضاربة بعد خصم كل ما يطرأ على المال من نقص بسبب الرخص أو العيب أو المرض ونحو ذلك، وإذا تلف بعض المال بآفة أو سرقة أو غصب بعد مباشرة العامل فيه بالعمل جبر من الربح.

واتفق الفقهاء على أن العامل لا يستحق نصيبه من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، لأن رأس المال هو الأصل والربح هو الفاضل.

واختلفوا في ملكية نصيبه من الربح بعد ظهور الربح وقبل القسمة على قولين:

أحدهما: إنه يملك بمجرد الظهور، وهذا قول أبي حنيفة وهو المشهور والمعتمد في مذهب الشافعية والحنابلة، إلا أن ملكه له غير مستقر(٣).

وعللوا لذلك بأن الربح مملوك ولا بد له من مالك، ورب المال لا يملكه

---

(١) انظر تكملة المجموع ٢٠٩/١٤، والاختيار ٢٣/٣، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣١٠، ومغني ابن قدامه ٤١/٥.

(٢) وأخذ القانون بقول جمهور الفقهاء: إذا توفرت الشروط المذكورة انظر المادة ٨٢٦.

(٣) انظر مغني ابن قدامه ٥٧/٥، وكشاف القناع ٥١١/٣، وتكملة المجموع ٢٠٩/٤، وبذلك أخذ القانون في مادته ٨٢٩.

اتفاقاً، ولا تثبت أحكام الملك في حقه فيلزم أن يكون للمضارب.

ثانيهما: إنه لا يملك إلا بالقسمة، وهذا مذهب المالكية وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة(١).

لأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو وجب أن يكون شريكاً للمالك كشريكي العنان. ويبدو أن القول الأول هو الراجح، لأن الربح حق مؤكد للعامل يورث عنه بظهوره ويتعلق به حق الغرماء كسائر أملاكه.

د ـ تلف المال في يد العامل:

اتفق الفقهاء على أن العامل أمين على ما في يده من مال المضاربة فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن، لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن، كالمودع، وكالوكيل(٢).

وان اشترط الضمان عليه كان الشرط باطلاً باتفاق الفقهاء وإنما اختلفوا في عقد المضاربة إذا اقترن به شرط الضمان. فيبطل العقد والشرط في مذهب المالكية والشافعية، ويرى الحنفية والحنابلة والهادوية أن الذي يبطل هو الشرط فقط والعقد صحيح(٣).

هـ ـ اختلاف العامل ورب العمل:

أصل عقد المضاربة مبني على الأمانة والثقة وأن العامل يكون مصدقاً فيما يدعيه من تلف ونحوه، ولكن قد يختلف العامل مع رب المال في التصرف أو قدر المال أو الربح أو التلف والخسران ونحو ذلك، ومن أهم الأمور التي قد يختلفان فيها ما يأتي:

---

(١) انظر المصادر السابقة والمنتقى للباجي ١٧٧/٥.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٧٦/٥، والمهذب ٣٩٥/١، وبلغة السالك ٢٣٥/٢. ولا ضمان على العامل في القانون المدني الشرعي ما لم يتعد، كما جاء ذلك في المادة ٨٢٧: إذا تلف رأس المال في يد العامل دون تعد منه أو مخالفة لشروط المضاربة فلا ضمان وله الرجوع على رب المال فيما أنفقه على رأس المال نفقة معتادة.

(٣) تقدم تفصيل ذلك عند الفقهاء في حكم عقد المضاربة إذا اقترن بها شرط.

١ ـ فإن اختلفا في الإطلاق والتقييد فالقول قول العامل مع يمينه لأن الاطلاق هو الأصل في العقود.

٢ ـ وإن اختلفا في قدر المال، فقال رب المال: ألفان، وقال العامل إنما هو ألف، فالقول قول العامل، لأنه أمين في مال المضاربة.

٣ ـ وإن اختلفا في رد مال المضاربة فالقول قول رب المال لأنه منكر[١].

٤ ـ وإن اختلفا في قدر الجزء المسمى من الربح، كما لو قال العامل ضاربتك على نصف الربح، فيقول رب المال، بل على ثلثه تحالفا لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهذا مذهب الشافعية وهو قول في مذهب الحنابلة[٢].

وقال الحنفية: أن القول قول رب المال، وهو قول مذهب الحنابلة. لأنه منكر والقول قول المنكر مع يمينه[٣].

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه فالعامل يدعي أن له نصف الربح، فيقول رب المال له: لك الثلث فقط.

٥ ـ وإن اختلفا في تلف المال وخسرانه، فالقول قول العامل، لأنه أمين والأصل عدم الخيانة.

٦ ـ وإن اختلفا في نفي الربح بعد إقرار العامل بمال المضاربة مع ادعاء ربح فيه فالقول قول رب المال، لأن العامل مدع، فلا يقبل قوله بعد إقراره إلا ببينه.

---

(١) انظر كشاف القناع ٣/٥١٤، وبلغة السالك ٢/٢٣٥.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٥/٧٧، والمهذب ١/٣٩٦.

(٣) انظر تكملة فتح القدير ٨/٤٨١، وهذا هو المشهور في مذهب الحنابلة، انظر كشاف القناع ٣/٥١٤ وبه أخذ القانون في مادته ٨٤٥. وفي مذهب المالكية: أن القول قول من يشبه دعواه قراض المثل فإن كان للنصف أشبه كان القول قول العامل مع يمينه، وإن كان يشبه الثلث فالقول قول رب المال مع يمينه. انظر بلغة السالك ٢/٢٣٦.

المطلب الرابع

في انتهاء عقد المضاربة

١ ـ اتفق الفقهاء على أن عقد المضاربة ليس بلازم، وأنه يجوز لكل واحد من المتعاقدين فسخه إذا كان قبل الشروع في العمل واختلفوا في جواز فسخه بعد شروع العامل في العمل، فأجاز فسخه جمهور الفقهاء لأنه لا يلزم عندهم مطلقاً، ومنع المالكية فسخه لأنه يصير لازماً عنهم[١].

٢ ـ وتنتهي المضاربة بانتهاء المدة المحددة لها، بناء على القول بجواز تحديد مدة لها، فإذا انتهت المدة يعتبر عقد المضاربة منتهياً.

٣ ـ بتلف رأس المال المعقود عليه، لأن رأس المال هو محل العقد، فإذا تلف لم يكن للعقد أثر بعد ذلك.

٤ ـ بموت أحد المتعاقدين أو جنونه ـ العامل أو رب المال ـ لأن المضاربة عقد جائز، فإذا مات أحد العاقدين انفسخ العقد كعقد الوكالة، بخلاف العقد اللازم فإنه لا يبطل بموت العاقدين ولا بأحدهما، كالإجارة.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٢].

ويرى المالكية: أن المضاربة لا تنفسخ بموت العامل، بل ينتقل الحق إلى الوارث الأمين يكمل المضاربة على نحو ما كان مورثه يعمل فيها، فإن لم يكن أميناً فليأت بأمين يقوم مقامه[٣].

وإذا عزل رب المال العامل عن التصرف انفسخت المضاربة ولا يصح تصرفه في المال إلا بإذن من ربه سواء كان رأس المال عيناً ـ نقداً ـ أو عرضاً، وسواء علم

---

(١) تقدمت الإشارة إلى ذلك في حكم عقد المضاربة إذا اقترن بشرط في صيغته، وذكرت هناك بأن القانون أخذ بمذهب المالكية، وعموم الأدلة تؤيد مذهبهم. انظر المراجع السابقة هناك وانظر بداية المجتهد ٢/٢٤٠. وبلغة السالك ٢/٢٣٥.

(٢) انظر غاية المنتهى ٢/١٧٣، والتاج المذهب ٣/١٦٤، وتكملة فتح القدير ٨/٤٦٦، والمهذب ١/٣٩٥، ومغني ابن قدامه ٥/٦٦، وكشاف القناع ٣/٥١٢.

(٣) انظر بلغة السالك ٢/٢٣٥.

المعزول منهما أم لم يعلم. ولا يعطى العامل شيئاً من الربح حتى تباع العروض ويصير جميع المال ناضاً ـ نقداً ـ أو تقوم العروض بالنقد ويأخذه أحد الطرفين بحسابه.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

ويرى الحنفية: أن العقد لا يبطل أثره إلا بشرطين.

أحدهما: أن يكون المال عيناً وقت الفسخ أو النهي عن التصرف.

ثانيهما: أن يعلم المعزول منهما بالعزل، أو بالنهي عن التصرف[1].

وبناء على مذهب الجمهور: فإن كان الميت رب المال وكان المال ناضاً منع العامل من التصرف فيه إلا بإذن الوارث ويكون الإذن إبقاء للمضاربة التي عقدها المورث.

وان لم يكن المال ناضاً باع العامل مال المضاربة ولا يحتاج إلى إذن من الورثة لأن البيع من حقوق العقد الماضي، بخلاف الشراء فإنه يعتبر منهياً عنه.

وهذا قول أكثر الفقهاء الذين يرون أن موت أحد العاقدين يبطل عقد المضاربة[2].

قال الحنفية: أنه يجوز بيعه وشراؤه في المال الذي لم ينض، فإذا فضل في يده من جنس رأس المال فلا يجوز له التصرف فيه، لأن العامل عندهم لا ينعزل بالعزل والنهي عن التصرف ولا بموت ولا بردة إذا لم يكن رأس المال عيناً، والقياس عندهم انه إذا حصلت في يده عين من جنس رأس المال لا يجوز له التصرف فيها ولكنهم أجازوا ذلك استحساناً، لأن على المضارب أن يرد مثل رأس المال فكان له أن يبيع ما في يده، كالعروض، للحاجة إلى ذلك[3].

وإن كان الميت هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ولا يشتري مطلقاً، سواء كان المال ناضاً أم غير ناض إلا بإذن رب المال.

(١) انظر بدائع الصنائع ٢٦٦٢/٨.
(٢) انظر تكملة المجموع ٢٢١/١٤ و٢٢٢ و٢٢٣.
(٣) انظر بدائع الصنائع ٢٦٦٣/٨.

فإن كان ناضاً استرجع رب المال رأس ماله وأعطى ورثة العامل نصيبهم من الربح إن وجد.

وإن كان غير ناض باعه الوارث بإذن رب المال أو غيره حتى ينض المال كله وأعطى ورثة العامل نصيبهم من الربح إن وجد.

وهذا بناء على القول بأن موت العامل يبطل المضاربة.

أما الذين قالوا لا يبطلها فيقوم الولي أو الوصي مقام العامل في حكم المضاربة لأنها عقد لازم لم تنفسخ بالموت بعد الشروع في العمل(١).

«ما يلزم العامل بعد فسخ المضاربة».

يلزمه أن يتقاضى الدين الذي تبقى، سواء كان فيه ربح أم لا، لأن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض فيلزمه أن ينضه، كما لو كان رأس المال عرضاً، يعني أنه لو كان رأس المال عرضاً لزمه أن ينضه، فكذلك يلزمه أن يتقاضى الدين.

ويرى الحنفية: أنه لا يلزمه اقتضاء الدين إلا إذا ظهر في المال ربح، لأن العامل كالأجير والربح كالأجرة وطلب الدين من تمام العمل فيجبر العامل على إتمام عمله في مقابلة الربح الذي هو بمنزلة الأجرة(٢).

والظاهر: أن الدين يعتبر بمنزلة الناض والمطالبة به تلزم العامل مطلقاً، ويسلم رأس المال الموجود إلى المالك ويبقى الربح الموجود بدون قسمة حتى يستلم العامل الدين لأن الدين قد لا يأتي فيخسر رأس المال فيعوض من الربح والله تعالى أعلم.

---

(١) ولم تنفسخ المضاربة في القانون المدني بموت العامل ولا بموت رب المال إذا كان المال عرضاً كما جاء فيه في المادة ٨٤٢.

إذا مات العامل أو رب المال لزم تسليم المال لربه أو لوصيه أو لورثته فوراً ما لم يكن المال عرضاً وتيقن الربح فيستمر وصي العامل أو وارثه في المضاربة بولاية رب المال أو يستمر العامل فيها بولاية من وصي رب المال أو وارثه أو بولاية القاضي في الحالتين إن رفض صاحب الولاية أصلاً. ولا يجوز في القانون عزل العامل إذا كان المال عرضاً أو نحوه مما يجوز فيه الربح. انظر المادة ٨٤١.

(٢) انظر مغني المحتاج ٣٢٠/٢، ومغني ابن قدامه ٦٥/٥، والاختيار ٢٤/٣.

المبحث الثالث

في عقد الرهن
وفيه ستة مطالب

المطلب الأول

في تعريف الرهن وحكمه

أ ـ تعريف الرهن:

لغة: هو الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن، أي راكد، ونعمة راهنة أي ثابتة ودائمة.

ويقال: مأخوذ من الحبس، قال الله تعالى ﴿**كل نفس بما كسبت رهينة**﴾[1].

وفي اصطلاح الفقهاء: هو المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه[2].

ويكون الرهن بهذا التعريف هو العين المرهونة.

وهناك تعريف للفقهاء أحسن من هذا، وهو قولهم بأنه:

توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها[3].

---

(١) سورة المدثر، آية ٣٨.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٣٦١/٤.

(٣) انظر كشاف القناع ٣٠٧/٣، وبهذا التعريف يكون الرهن هو الفعل.

ب ـ حكم الرهن:

وفي هذه الفقرة مسألتان، الأولى: حكمه من حيث مشروعيته.

الثانية: حكمه من حيث لزومه وعدم لزومه.

المسألة الأولى: حكم الرهن من حيث مشروعيته.

الرهن جائز، والدليل على جوازه: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة**﴾[1].

وأما السنة فمنها حديث أنس قال: «ولقد رهن النبي ﷺ درعه بشعير»[2].

ومنها حديث عائشة: «أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه»[3].

ومنها حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[4].

ومنها حديث أبي هريرة أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»[5].

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا

---

(١) سورة البقرة، آية ٣٨٣.

(٢) رواه البخاري وأحمد والنسائي وابن ماجه انظر فتح الباري ١٤٠/٥، ونيل الأوطار ٢٦٣/٥. وفي صحيح البخاري، قال أنس: ومشيت إلى النبي ﷺ بخبز شعير وأهاله سخنة، ولقد سمعته يقول: ما أصبح لآل محمد ﷺ لا صاع ولا أمسى وإنهم لتسعة أبيات.

(٣) رواه البخاري ومسلم انظر فتح الباري ١٤٢/٥، وشرح النووي ١٢٢/٤.

(٤) رواه البخاري وأحمد وأصحاب السنن انظر فتح الباري ١٤٣/٥، ونيل الأوطار ٢٦٤/٥.

(٥) رواه الشافعي والدارقطني وقال: هذا إسناد حسن متصل، ونقل عن ابن حزم أنه قال في سنده: إنه حسن وصحح بعض المحدثين إرساله، وقال ابن حجر: ورجاله ثقات. انظر نيل الأوطار ٢٦٥/٥، وتلخيص الحبير ٣٦/٣ و٣٧، وسبل السلام ٦٨/٣، ومغني «غلق الرهن» كفرح: استحقه المرتهن إن لم يفتكه صاحبه في الوقت المشروط ويقال: غلق الرهن إذا خرج من ملك الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه، ومعنى «له غنمه» زيادته، وغرمه: نفقته.

هذا على جواز الرهن ولم يوجد من يخالف في ذلك[1].

وفي مشروعيته مصلحة كبيرة، وهي التيسير على المحتاجين الذين لا يجدون من يقرضهم إلا إذا بذلوا رهناً للمقرض، لأن بعض الناس لا يقرض ماله إلا بوثيقة يستوثق بها، فشرع سداً لهذه الحاجة.

والرهن جائز عند عامة الفقهاء في السفر والحضر، وشذ بعض فقهاء التابعين فقال: لا يجوز الرهن إلا في السفر فقط، محتجاً بمفهوم قوله تعالى: ﴿**وان كنتم على سفر**﴾ وهو مردود بحديثي أنس وعائشة أن النبي ﷺ رهن درعه على يهودي، وهو لم يكن في سفر وإنما كان بالمدينة[2].

المسألة الثانية: حكم الرهن من حيث لزومه وعدم لزومه.

يرى جمهور الفقهاء: أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض من المرتهن فإن لم يقبض المرتهن الرهن فلا يجبر الراهن على تسليم المرهون بعد العقد.

واستدلوا بقوله تعالى ﴿**فرهان مقبوضة**﴾.

ولانه عقد إرفاق يفتقر إلى قبول فافتقر إلى قبض، كالقرض.

ويرى المالكية: أن الرهن يلزم بمجرد العقد ويجبر الراهن على تسليم الرهن، لأنه من العقود اللازمة، كالبيع[3].

ويبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأنهم استدلوا بنص من القرآن، ودليل الآخرين هو القياس على العقود اللازمة، والقياس فاسد إذا وجد نص[4].

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢٧٢/٢، وشرح الأزهار ٣٩٥/٣، ومغني ابن قدامه ٣٦١/٤، وتكملة المجموع ١٧٧/١٣، وبدائع الصنائع ٢٧١٥/٨.

(٢) انظر المصادر السابقة ونيل الأوطار ٢٦٣/٥.

(٣) انظر المصادر السابقة وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥١ و٣٥٢. هذا الخلاف بالنسبة للراهن، أما المرتهن فلا يلزم من جهته باتفاق، لأنه عقد لمصلحته فيجوز له إسقاطه متى شاء.

(٤) ويفهم من القانون مادة ٩٧٢: أنه أخذ بمذهب المالكية حيث قال: إذا انعقد الرهن صحيحاً لزم الراهن تسليم المرهون، وإذا تم القبض لزم الرهن في حق الراهن وحده.

المطلب الثاني

في أركان الرهن وشروطه

أ ـ أركان الرهن:

وهي أربعة: العقدان، وهما الراهن والمرتهن، والصيغة، وهي الإيجاب والقبول، ومرهون وهو والعين المرهونة، والمرهون به وهو الدين.

ب ـ شروط أركان الرهن:

١ ـ يشترط في العاقدين عقد الرهن ما يشترط في العاقدين عقد البيع. وهو أن يكون كل منهما جائز التصرف في المال فلا يصح عقد من زائل العقل أو السفيه ونحو ذلك، وقد تقدم تفصيل ذلك عند الفقهاء في عقد البيع.

٢ ـ لا يشترط في الصيغة أن تكون بلفظ الرهن ولا بغيره من الألفاظ المعينة وإنما يكفي فيها كل لفظ يدل على الرضى من المتعاقدين.

وإن اقترنت صيغة عقد الرهن بشرط فلا يخلو هذا الشرط من أن يكون مما يقتضيه العقد، أو ينافي مقتضاه، أو لا ينافيه ولا يقتضيه.

فإن كان مما يقتضيه العقد، مثل أن يشترط في العقد أن يكون المرهون في يد المرتهن أو أن يستوفي منه عند عجز الراهن عن الوفاء بالدين ونحو ذلك فهذا جائز ولا خلاف في ذلك وكذلك إذا كان من مصلحة العقد مثل أن يشترط الشهود أو الكفيل ونحو ذلك فهذا جائز لأنه مما يؤكد العقد ويقويه.

وإن كان مما ينافيه مثل: أن يشترط أن لا يباع المرهون بالدين عند العجز عن الوفاء أو أن يكون في يد الراهن ونحو ذلك فهذا فيه القولان المشهوران في عقد البيع إذا اقترن بشرط ينافي مقتضى العقد، أحدهما: أن العقد والشرط باطلان، ثانيهما: أن الشرط يبطل فقط دون العقد، وبهذا قال أكثر الفقهاء وكذلك إذا

اشترط المرتهن أن يكون المرهون له في مقابل المرهون به عند حلول أجله[1].

وكذلك إذا اشترط شرطاً لا يقتضيه العقد ولا ينافي مقتضاه ولكن فيه منفعة للراهن أو المسترهن ففيه الرأيان المشهوران في عقد البيع أيضاً، أحدهما: أن العقد والشرط باطلان، ثانيهما أنهما صحيحان وقد اخترت في عقد البيع بأن الشرط إذا كان لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته يبطل العقد، وكذلك في عقد الرهن لعموم النهي عن الشروط في العقود.

٣ ـ ويشترط في المرهون أن يكون مالاً متقوماً معلوماً مقدوراً على تسليمه، يعني أنه يشترط فيه ما يشترط في المبيع، وبعبارة أخرى: كل ما صح بيعه جاز رهنه.

٤ ـ ويشترط في المرهون به الشروط التالية:

١ ـ أن يكون الدين الذي في الذمة غير معين.

فلا يصح الرهن بالعين ولو كانت مضمونة مثل المغصوب أو المستعار ونحو ذلك مما هو مضمون بنفسه، فلا يصح في المضمون بغيره كالمبيع قبل قبضه، لأنه مضمون الثمن[2].

وهذا مذهب الشافعية وزفر من فقهاء الحنفية[3].

وحجتهم في ذلك: بأن الله تعالى ذكر الرهن في المداينة، فلا يصح في غيرها.

---

(١) وأخذ بهذا القول كثير من الفقهاء واختارته اللجنة في القانون، فذكر في المادة ٩٦٩: إنه إذا علق الرهن على شرط ينافي موجبه بطل الشرط وصح الرهن، وذكر في المادة ٩٧٦: إنه إذا اشترط أن يكون المرهون للمرتهن عند حلول أجل المرهون به كان الشرط باطلاً والرهن صحيحاً.

(٢) وكذلك إذا كانت ليست مضمونة أصلاً فلا يصح الرهن بها.

(٣) ومن تعليلاتهم لذلك: بأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن. انظر تكملة المجموع ١٣/ ١٨٣ وما عللوا به مردود، فإنه يمكن استيفاء الحق في المرهون.

ويرى جمهور الفقهاء: أنه يصح في العين المضمونة، كما يصح في الدين، لأن العين المضمونة واجبة التسليم على الراهن، فكل شيء وجب عليه لغيره صح لمن يجب له الاستيثاق به إذا كان مما يجب ضمانه[1].

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح فيما يبدو، لأن الديون كلها واجبة سواء كانت عيناً أم في الذمة[2].

٢ ـ أن يكون المرهون به ثابتاً في الذمة:

فلو قال رجل لإنسان أعطني قرضاً وخذ هذا المتاع رهناً به فلا يصح، لأن الرهن تابع للدين فلا يصح أن يتقدم الرهن قبل ثبوت الدين.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[3].

وأجاز ذلك الحنفية، إلا إذا كان الشيء عندهم مضموناً بالدرك، كما لو باع إنسان سلعة وقبض المشتري المبيع وقبض البائع الثمن فخاف المشتري استحقاق المبيع فلا يجوز أن يأخذ المشتري بالثمن رهناً من البائع، لأنه ليس مضموناً في الحال، بخلاف ما لو قال: أقرضني قرضاً وأعطاه رهناً به قبل أن يقبض القرض فإنه بمنزلة المقبوض حقيقة[4].

المطلب الثالث

فيما يجوز رهنه وما لا يجوز

القاعدة العامة عند الفقهاء في ذلك: أن كل عين جاز بيعها جاز رهنها لأن مقصود الرهن: الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٧٣٢/٨.

(٢) وبمذهب الجمهور أخذ القانون في المادة ٩٦٥، فقال فيها: يشترط أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة أو عيناً مضمونة.

(٣) انظر تكملة المجموع وكشاف القناع ٣٠٨/٣، وبذلك أخذ القانون في المادة ٩٦٥ فقال فيها: يشترط في المرهون فيه أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٣٧٣٥/٨.

استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها إلا أن يمنع مانع من ذلك وهناك أمور عند الفقهاء اختلفوا في جواز رهنها وأمور اتفقوا عليها ومن أهمها ما يأتي:

١ ـ يجوز رهن المشاع في مذهب جمهور الفقهاء سواء كان مما ينقسم أم لا ينقسم وسواء كان الرهن على الشريك أم على غيره(١)، لأنه يجوز بيعه ولعموم الأدلة على جواز الرهن.

وقال بعضهم: لا يصح رهن المشاع إلا من شريك الراهن، أو يرهن شريكان لرجل واحد، أو يرهن الإنسان شيئاً لرجلين فيكون بينهما على الشيوع، وهذا مذهب الهادوية وأكثر فقهاء الحنفية(٢).

ووجهتهم لذلك: أن الشيوع فيما عدا هذه الصور يمنع تحقق القبض.

٢ ـ لا يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع.

وهذا قول في مذهب الحنابلة وقول في مذهب الشافعية، لأنه لا يجوز بيعها والمشهور عند الحنابلة جواز ذلك(٣).

وهناك قول في مذهب الشافعية بجواز ذلك وهو مذهب الحنفية(٤).

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأنه لا يجوز بيعها، فرهنها أولى.

٣ ـ ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد كالفواكه والخضروات، سواء كان مما يمكن إصلاحه وتجفيفه كالرطب والعنب أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ، فإن

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٤/٧٧٤، وتكملة المجموع ١٣/١٩٨. وبذلك أخذ القانون في المادة ٩٦٣.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٦/٤٨٩، والتاج المذهب ٢/٢٣٠.

(٣) انظر كشاف القناع ٣/٣١٥، ومغني ابن قدامه ٤/٣٧٩.
وبهذا القول أخذ القانون في المادة ٩٦٩ وأجاز القانون في المادة ٩٥٩ للأب أن يرهن ماله في دين لولده الصغير أو يرهن مال الصغير لنفسه أو للغير بدين على الصغير للمصلحة، وهو مذهب الحنفية انظر حاشية ابن عابدين ٦/٤٩٥.

(٤) انظر تكملة المجموع ١٣/٢١٠.

كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه، لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته، وإن كان مما لا يجفف يباع ويقضي الدين من ثمنه إن كان حالاً أو يحل قبل فساده، وإن كان لا يحل قبل فساده جعل ثمنه مكانه رهناً سواء شرط الراهن بيعه أم أطلق. وفي قول في مذهب الشافعية: أنه إذا أطلق لم يصح لأن بيع المرهون قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن، وهذا هو الصحيح عندهم(١).

٤ ـ لا يصح رهن مال الغير بغير إذنه، لأنه لا يقدر على تسليمه وعلى بيعه في الدين، فلم يجز رهنه كالطير الطائر والعبد الآبق. إلا إذا كانت له ولاية شرعية كالأب والوصي يرهن مال الصبي بدينه أو بدين نفسه(٢).

٥ ـ لا يصح رهن المبيع قبل قبضه إن كان قبل أن ينقد الثمن، لأن المبيع محبوس بالثمن، فإن رهنه بعد أن نقد الثمن صح، لأن الرهن لا يقتضي الضمان فجاز فيما لم يدخل في ضمانه، بخلاف البيع.

وفي قول: بأنه لا يصح مطلقاً لأنه عقد يفتقر إلى قبض فلم يصح في المبيع قبل قبضه كالبيع(٣).

٦ ـ ولا يصح رهن المرهون لغير المرتهن وهذا مما لا خلاف فيه، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق.

وفي رهن المرهون بدين آخر عند المرتهن قولان للفقهاء.

أحدهما: أنه لا يجوز، لأنه رهن مستحق بدين فلا يجوز رهنه بغيره. وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

وقال بعضهم: يجوز، لأنه يجوز أن يكون الشيء مرهوناً بخمسمائة ثم يصير مرهوناً بألف(٤).

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٣٧٧/٤، وتكملة المجموع ١٩٩/١٣، ومغني المحتاج ١٢٤/٢.
(٢) انظر تكملة المجموع ٢٠٤/١٣، وكشاف القناع ٣١٥/٣، ولا يصح في مذهب الشافعية أن يرهن الولي مال الصبي أو المجنون إلا لضرورة أو غبطة ظاهرة. انظر مغني المحتاج ١٢٢/٢.
(٣) انظر تكملة المجموع ٢٠٥/١٣، وكشاف القناع ٣١٤/٣.
(٤) انظر تكملة المجموع ٢٠٦/١١، ومغني ابن قدامه ٣٨٤/٤.

٧ ـ لا يصح رهن ما لم يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير في الهواء أو المغصوب وكذلك لا يجوز رهن المجهول، ولا المحرم كالخمر وغيرها من النجاسات لأن هذه الأمور لا يصح بيعها فلا يجوز رهنها[١].

المطلب الرابع

في أحكام تترتب على عقد الرهن

١ ـ إذا سلم الراهن العين المرهونة لزم عقد الرهن بالنسبة للراهن فليس له الحق أن يفسخ عقد الرهن ويرفع يد المرتهن إلا إذا سدد ما عليه من الدين ولا يكون لازماً بالنسبة للمرتهن فله أن يرد الرهن إلى مالكه ويبقى دينه بلا رهن.

٢ ـ للمرتهن الحق في حبس العين المرهونة حتى يستوفي حقه من الدين الذي فيه الرهن، وله الحق في بيع المرهون ليستوفي دينه منه إذا لم يوفه الراهن من غيره وكان أحق به من سائر الغرماء[٢].

٣ ـ ليس للراهن الحق في الانتفاع بالمرهون إلا بإذن المرتهن لأنه محبوس بحق المرتهن، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٣].

---

(١) ويجوز أيضاً رهن مال الغير في دين على النفس، كأن يستعير شيئاً ويرهنه بإذن صاحبه ونقل الاتفاق على جواز ذلك، وإذا تلف في يد المرتهن فلا ضمان عليه إن لم يتعد، ويباع إن لم يقض الدين ثم يرجع المالك بما يبيع به، انظر مغني المحتاج ١٢٥/٢، ومغني ابن قدامه ٤/ ٣٨٠، ونصت المادة في قانون المعاملات ٩٧١: على أنه يصح للمدين أن يستعير مال غيره ويرهنه بإذنه وإذا تم الرهن بإذن كان للمرتهن حبس المرهون إلى أن يستوفي الحق المرهون به.

(٢) والظاهر أن هذه المسألة لا خلاف فيها، ونصت المادة ٩٨٥ من قانون المعاملات على «أنه يجوز للمرتهن بيع المرهون إذا حل أجل الدين ولم يقم الراهن بوفائه ويجوز للراهن بيع المرهون للإبقاء بالدين أو لرهن ثمنه، ونصت المادة ٩٨٦ على أن البيع يتم بموافقة الراهن والمرتهن أو بأمر القاضي، وفي المادة ٩٧٦ نص على أن المرتهن يختص بالمرهون دون سائر غرماء الراهن بحيازته له، أما قبل حيازته له فيكون كواحد منهم في المخاصمة فيه بدينه.

(٣) انظر كشاف القناع ٣٢٣/٣، والاختيار ٧٠/٢، وقوانين الأحكام ص ٣٥٢، وبناء على مذهب الجمهور فإن استدامة القبض شرط لصحة الرهن فإذا رد المرتهن الرهن للراهن بعارية أو وديعة أو كراء أو استخدام بطل الرهن انظر بداية المجتهد ٣٧٤/٢.

واستدلوا بقوله تعالى ﴿**وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة**﴾ فالآية تفيد بأن العين المرهونة تكون تحت يد المرتهن وليس لمالكها الحق ليأخذها من تحت يده وينتفع بها لأن ذلك يتنافى مع القبض.

ولأن الرهن في اللغة هو الحبس، كما قال الله تعالى ﴿**كل نفس بما كسبت رهينة**﴾ وهذا يقتضي أن يكون المرهون محبوساً ما دام مرهوناً.

ويرى الشافعية: أن للراهن الحق بالانتفاع بالمرهون إذا كان لا يستهلك بسبب الانتفاع به ولا ينقص من قيمته، كالركوب والسكنى(١).

واستدلوا بحديث أبي هريرة مرفوعاً «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

قالوا: إن معنى «لا يغلق الرهن من راهنه» لا يحبس.

وقالوا أيضاً: بأنه يلزم من منع الراهن من الانتفاع بالمرهون تعطيل العين المنتفع بها من المنافع، لأن المرتهن ممنوع من الانتفاع به لأنه لا يملكه، فإذا منع الراهن أيضاً من الانتفاع بالعين المرهونة صارت معطلة من الانتفاع بها وهذا لا يجوز.

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأن المعنى اللغوي للحديث: لا يغلق الرهن «أي لا يملك، ويؤيد ذلك الحالة التي كان الجاهليون يتعاملون بها في الرهن فكان المرهون يملك بالدين إذا حل الأجل ولم يسدد من عليه الدين ولو كانت قيمة العين المرهونة تزيد على مبلغ الدين فنهى الرسول ﷺ عن ذلك الفعل.

٤ ـ لا ينفك شيء من العين المرهونة حتى يقضي الراهن جميع الدين الذي عليه أو يبرئه المرتهن منه، لأن الرهن وثيقة بالدين، فهو وثيقة بكل جزء منه كالضمان(٢)، وللمرتهن الحق بالمطالبة بدينه الذي على الراهن إذا كان حالاً، لأن الرهن للتوثيق والدين معه قائم.

---

(١) انظر نهاية المحتاج ٢٥٩/٤، ونقل عنهم بأن استدامة قبض الرهن ليس بشرط جواز انتفاع الراهن بالمرهون بناء على أن استدامة القبض ليس بشرط.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٤٣٨/٤، وتكملة المجموع ٢٤٩/١٣.

٥ ـ لا يضمن المرتهن إذا تلف المرهون تحت يده إذا لم يتعد ولم يفرط لأنه أمين، وإذا ادعى الهلاك بدون سبب ظاهر صدق بيمينه وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

واستدلوا بحديث أبي هريرة مرفوعاً «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

قالوا: وإنما يكون عليه غرمه إذا هلك أمانة فيكون ضمانه على صاحبه والدين باق عليه كاملاً ولا يجوز تغريمه بدون تفريط منه، لأن ذلك أكل لأموال الناس بالباطل الذي نهى الله عنه ورسوله ﷺ.

وإن تلف بعض المرهون كان الباقي رهناً بجميع الدين.

ويرى الهادوية والحنفية: أن المرتهن يضمن مطلقاً، ولو تلف المرهون بدون تعد، ويصير المرتهن مستوفياً قدر دينه من المرهون حكماً، فإن كان مساوياً لدينه سقط دينه به، وإن كان أكثر من الدين كان الفاضل أمانة، وإن كان أقل من دينه سقط من الدين بقدره ويبقى الباقي على الراهن(١).

واستدلوا على ذلك بمرسل عطا: أن رجلاً رهن رجلاً فرساً فنفق في يده ـ هلك ـ فقال النبي ﷺ للمرتهن «ذهب حقك»(٢).

وبحديث أنس عن النبي ﷺ أنه قال «الرهن بما فيه»(٣) وقد وافق المالكية

---

(١) انظر الاختيار ٦٤/٢ و٦٥، والتاج المذهب ٢٤١/٣، واشترط الحنفية في تضمين المرهون أن يكون محبوساً في يد المرتهن فإن خرج عن قبضته لم يضمن، وأن يكون الدين قائماً إلى وقت الهلاك فلو سقط الدين كانت يده عليه يد أمانة. انظر بدائع الصنائع ٣٧٦١/٨، ورأي القانون يقارب مذهب المالكية من حيث عدم تضمينه إذا كان بأمر غالب، كما جاء في المادة ٩٨٣: المرهون في يد حابسه مضمون على المرتهن بقيمته يوم التلف ما لم يكن مثلياً، فبمثله إلا ما تلف بأمر غالب، وأما العدل المختار فلا يضمن إلا ما تلف بتعد أو تفريط منه.

(٢) رواه أبو داود في المراسيل من طريق عطا، وهو مرسل ضعيف. انظر الدراية ٢٥٧/٢.

(٣) رواه الدارقطني عن أنس وقال: لا يثبت وأخرجه ابن ماجه وقال: إنه باطل وروى مثله أبو داود في المراسيل ورجاله ثقات، قلت: وإن صح فهو مرسل. انظر المراجع السابقة.

جمهور الفقهاء في دعوى التلف إذا كان بأمر ظاهر، كالموت والحريق ونحو ذلك أو كان المرهون في يد أمين غير المرتهن فلا يضمنونه في هذه الحالة.

فإن ادعى التلف بأمر خفي فلا يقبل قوله إلا ببينة، لأنه متهم ويضمن[1]. والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لقوة دليلهم، وأما ما استدل به الأحناف ومن معهم فهو ضعيف لا يحتج به، والله تعالى أعلم.

وكيفية الضمان في مذهب الحنفية كما قدمنا، وهو أنه إذا كانت قيمة الرهن مساوية للدين سقط الدين، وإن كانت أقل سقط في الدين مقدار الرهن وللمرتهن الحق بأن يطالب بباقي دينه الذي على الراهن، وإن كانت قيمة المرهون أكثر من الدين فلا يرجع الراهن إلى المرتهن بشيء، لأن ما زاد عن الدين كان أمانة.

ونقل عن بعض الفقهاء: بأن الدين يسقط بالمرهون مطلقاً سواء كانت قيمته أكثر من الدين أم أقل دون رد أي شيء لأحد من الطرفين، بدليل حديث أنس «الرهن بما فيه» أي: العين المرهونة مضمونة بالدين التي هي فيه فإذا تلفت سقط الدين[2].

والقاعدة العامة عند الفقهاء: أن المضمون يضمن بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن لم يكن له مثل.

والظاهر أن هذا هو الصواب في هذه المسألة، فإذا تلف المرهون عند المرتهن وكان مضموناً عليه، وهو لا يضمن إلا إذا فرط، كا هو مذهب الجمهور وهو المختار، فلا تكون هناك علاقة بين مبلغ الدين وقيمة المضمون فيضمن المضمون بمثله أو بقيمته يوم التلف[3].

---

(١) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٢، ويجوز جعل الرهن تحت يد أمين غير المرتهن وتكون يده عليه يد أمانة، فإن تلف بدون تعد فلا يضمن هو ولا المرتهن. وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، فيما أعلم.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٤/٤٣٨.

(٣) وأخذ القانون بهذا القول في المادة ٩٨٣: المرهون في يد حابسه مضمون على المرتهن بقيمته يوم التلف ما لم يكن مثلياً فبمثله وتعتبر القيمة في مذهب الحنفية يوم القبض. انظر الاختيار ٢/٦٥.

٦ ـ ليس للراهن الحق أن يتصرف في المرهون بعد أن يقبضه المرتهن ببيع ولا بهبة ولا إجارة ولا وقف ونحو ذلك من التصرفات التي تخرجه عن ملكه بعوض أم بغير عوض فإن تصرف بشيء من هذه التصرفات كانت باطلة، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة، فإن أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن، لأنه إذن فيما ينافي حقه فيسقط حقه بفعله(١).

٧ ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن في أصل الرهن أو في قدره أو في أصل الدين أو في قدره أو في عقد الرهن، كأن يقول أحدهما: رهنتك فيقول الآخر ما رهنتني وإنما هذا عندي وديعة وليس برهن فالقول قول الراهن في هذه الأمور مع يمينه، لأنه منكر.

وإن اختلفا في تلف العين المرهونة فالقول قول المرتهن في التلف وعدم التفريط لأنه أمين فالأصل أنه مصدق في قوله(٢).

المطلب الخامس

في حكم الانتفاع بالمرهون ونمائه

تقدم في المبحث السابق بأنه ليس للراهن الحق في الانتفاع بالمرهون إلا بإذن المرتهن، وهو القول الذي اخترته من أقوال الفقهاء.

وكذلك ليس له الحق أن يتصرف في المرهون تصرفاً يخرجه عن ملكه لا

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٤٠١/٤، والتاج المذهب ٢٣٨/٣، ومغني المحتاج ١٣٠/٢.

(٢) انظر كشاف القناع ٣٣٩/٣، والمهذب ٣٢٤/١. وفي مذهب المالكية أنهما إذا اختلفا في مقدار الحق فالقول قول المرتهن إلا فيما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن. انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٣. وفي قانون المعاملات الشرعية مادة ٩٩٦: القول قول الراهن: في قدر الدين وجنسه ونوعه وصفته، وفي قدر العين وتعيينها، وفي نفس الديون وفي نفس الرهن ونفي القبض ونفي العيب ونفي الرد وفي نفس رجوع المرتهن عن الإذن بالبيع وفي بقاء الرهن في يد المرتهن مختصراً، وفي المادة ٩٩٧ منها أن القول قول المرتهن في إطلاق الإذن بالبيع ومقدار قيمة المرهون إذا تلف وفي الباقي بعد التلف وفي مقدار الأجل وفي نفيه وفي تقادم العيب على القبض. اهـ. مختصراً.

بعوض ولا بغير عوض وأنه إذا أذن له المرتهن بالتصرف صح وبطل الرهن.

وفي هذا المبحث نبين حكم الانتفاع بالمرهون من جهة المرتهن وكذلك حكم نمائه وفوائده المستخرجة منه.

أ ـ حكم الانتفاع بالمرهون من جهة المرتهن:

بعد أن تتبعت هذه المسألة في كتب الفقهاء وجدت أن لهم فيها ثلاثة آراء:

أحدها: أنه لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون مطلقاً، سواء أذن له الراهن أم لم يأذن، وسواء كان مما يركب ويحلب أم من غير ذلك.

لأن الانتفاع به ولو بإذن الراهن يعتبر رباً، لأنه يستوفي دينه كاملاً فتبقى له المنفعة فضلاً فيكون رباً.

ونقل هذا القول عن بعض علماء الحنفية والهادوية، إلا أن بعضهم قال: يحرم الانتفاع إذا كان لأجل الإنظار بالدين وتجب الأجرة، وإن كان ذلك تبرعاً لا في مقابلة الدين جاز ولا شيء عليه[1].

وبعض الفقهاء أطلق منع الانتفاع ولم يفصل بينما إذا كان بإذن أو بغير إذن والظاهر أنه لا يجوز عندهم مطلقاً، للشبهة[2].

ثانيها: أنه لا يجوز الانتفاع مطلقاً، إلا بإذن الراهن، فإن أذن له في الانتفاع بغير عوض جاز ذلك لأنه يعتبر متبرعاً، وهذا هو المفتى به في مذهب الحنفية[3].

ثالثها: لا يجوز الانتفاع بالمرهون مطلقاً، سواء أذن له الراهن أم لم يأذن إذا كان دين الرهن من قرض، لأنه من باب قرض جر منفعة.

وأما إذا كان الدين الذي فيه الرهن ليس من قرض وإنما هو ثمن مبيع أو أجرة دار ونحو ذلك فيجوز، فلا يدخل في المحظور، هذا إذا لم يكن المرهون

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٤٨٢/٦ والتاج المذهب ٢٣٨/٣.
(٢) من المصادر التي أطلقت ذلك قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٢ والمهذب ٣٢١/١.
(٣) انظر حاشية ابن عابدين ٤٨٢/٦.

حيواناً مركوباً أو محلوباً، أما إذا كان مركوباً أو محلوباً فيجوز الانتفاع به إذا أنفق عليه ولو بغير إذن الراهن، وهذا مذهب الحنابلة(١).

واستدلوا على استثناء الحيوان المركوب أو المحلوب بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»(٢). فإن النبي ﷺ جعل منفعته بنفقته.

واستدل الجمهور على عدم جواز الانتفاع مطلقاً سواء كان المرهون مما يركب ويحلب أم من غيره من حيوان وغير حيوان بحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» أي لمالكه غنمه وعليه غرمه(٣).

وأجابوا على دليل الحنابلة: بأن المراد به الراهن الذي ينفق وينتفع وليس المرتهن، لأن المرتهن لا يملكه فمالكه هو الذي له غنمه وعليه غرمه.

والظاهر: أنه لا يجوز الانتفاع بالمرهون مطلقاً، سواء أذن الراهن أم لم يأذن، وسواء كان دين الرهن من قرض أم من غيره إذا كانت المنفعة لأجل الإنظار بالدين، لأن فيه شبهة ربا، لأنه يأخذ المنفعة زيادة على دينه بدون مقابل، إلا الحيوان إذا كان يركب ويحلب فيجوز الانتفاع به في مقابل الإنفاق عليه(٤).

فإن كان المرهون مما لا يحلب ولا يركب فنفقته على مالكه فإن امتنع عن الإنفاق أجبر عليه وعلى دفع كل ما يحتاجه المرهون من تكاليف، فإن أنفق عليه

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٤٢٦/٤، ونقل عن الليث وإسحاق والحسن وغيرهم. انظر نيل الأوطار ٢٦٤/٥.

(٢) تقدم الحديث في حكم الرهن.

(٣) تقدم الحديث أيضاً في حكم الرهن.

(٤) فإن أنفق عليه الراهن فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به، وقد أخذ قانون المعاملات بهذا القول فقال في المادة ٩٧٨: غلة المرهون للراهن وغرمه عليه، وإذا كان المرهون حيواناً فللمرتهن أن ينتفع به مقابل نفقته، فإن النص الوارد في ذلك يخصص عموم النصوص الأخرى.

المرتهن كان متبرعاً ولم يرجع إلى الراهن بشيء إلا إذا أذن بالإنفاق للمرتهن فيرجع عليه بما أنفق.

وإذا انتفع المرتهن بالمرهون بركوب أو سكنى ونحو ذلك حسب من دينه بقدر ذلك، لأن المنافع ملك للراهن(١).

وإن اشترط المرتهن أن ينتفع بالمرهون فالشرط باطل عند جمهور الفقهاء لأنه ينافي مقتضى الرهن(٢).

وأجاز المالكية اشتراط المنفعة للمرتهن إذا كان الدين من بيع ونحوه ولم يجز إن كان سلفاً، لأنه من باب قرض جر نفعاً فهو ربا(٣).

وقال بعض الفقهاء: يبطل الشرط والرهن مطلقاً، وهو مذهب الشافعية(٤).

ب ـ نماء الرهن ـ المرهون ـ وهو ما يحصل من أجرة أو ولد أو ثمرة ونحو ذلك:

١ ـ قال بعض الفقهاء: إن جميع الغلات التي توجد من المرهون تكون رهناً في يد المرتهن مع الأصل، سواء في ذلك المتصل منها كالصوف والسمن، والمنفصل، كالكسب والأجرة والثمرة، وهذا قول أكثر الفقهاء. لأنه نماء حادث عن عين الرهن فيسري إليه حكم الرهن، كالأصل(٥).

٢ ـ إذا كان نماء الرهن على خلقته وصورته، كولد الجارية والدابة فإنه

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٤٢٩/٤، وبهذا الحكم أخذ قانون المعاملات فنصت المادة ٩٧٨ على أنه يجوز للراهن والمرتهن كل منهما بإذن الآخر استغلال المرهون، وإذا استغله المرتهن لزمته غلته وتصير رهناً أو يحط بها من الدين.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٤٢٧/٤.

(٣) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٥٢.

(٤) انظر غاية البيان ص ٣١٨، وقد تقدم تفصيل ذلك في صيغة العقد.

(٥) انظر مغني ابن قدامه ٤٣٠/٤، والاختيار ٦٥/٢، وأخذ قانون المعاملات بهذا القول، قال في المادة ٩٧٧: نماء المرهون متصلاً به أو منفصلاً عنه يتبعه في الرهن ويأخذ حكمه.

يدخل في الرهن، وما لم يكن كذلك فلا يدخل، كثمر النخل وكراء الدار، وهذا مذهب المالكية[1].

وحجتهم: القياس على البيع فإن الولد حكمه حكم أمه في البيع، فهو تابع لها. وفرقوا بين الولد وبين الثمر، لأن الثمر جاء فيه نص عن النبي ﷺ عن ابن عمر أنه قال «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[2].

٣ ـ وقال بعضهم: لا يدخل شيء من النماء المنفصل، كالثمر والولد واللبن والصوف، ونحو ذلك.

بخلاف المتصل كَسمَنٍ، وكِبَرٍ شجرة، فتدخل في الرهن لعدم تمييزها عن الأصل، وهذا مذهب الشافعية[3].

واحتجوا بحديث أبي هريرة السابق أن النبي ﷺ قال «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

ولأن الزيادة المنفصلة عين من أعيان ملك الراهن لم يقع عليها عقد الرهن فلا تكون رهناً، كسائر أمواله.

والظاهر: أن القول الأخير هو الصواب، لأنه لا دليل على جعل النماء رهناً مع الأصل، وإنما يكون المتصل رهناً مع الأصل لعدم تمييزه عنه، والله تعالى أعلم.

المطلب السادس

في انتهاء الرهن

ينتهي الرهن بالأمور التالية:

١ ـ هلاك المرهون بآفة سماوية أو بفعل من لم يضمن، فإذا هلك انتهى

---

(١) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٢، وبداية المجتهد ٢/٢٧٦.

(٢) رواه البخاري وغيره انظر فتح الباري ٤/٤٠١.

(٣) انظر نهاية المحتاج ٤/٢٨٠ و٢٨١.

عقد الرهن، وللمرتهن أن يطالب برهن آخر بدل التالف.

٢ ـ بفسخ المرتهن، ولو بدون الراهن، لأن الحق له، وهو جائز من جهته وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء.

٣ ـ البراءة من جميع الدين بأداء أو بإبراء أو حوالة به أو عليه فإن بقي شيء من الدين وإن قل لم ينفك شيء من الرهن.

ونقل الاتفاق على ذلك[١].

٤ ـ لا ينفسخ الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن فإذا مات المرتهن انتقل المرهون إلى الورثة، وإذا مات الراهن بقي الدين على المرتهن إلى أن يحل أجله، فلا يحل الدين بموت الراهن ولا بموت المرتهن وإنما يحل بالأجل.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٢].

وخالف في ذلك الحنفية فقالوا إذا مات الراهن انفسخ الرهن، لأن الدين يحل بموته فيبيع وصيه الدين ويقبض الرهن، لأن الدين حل بموته والوصي قائم مقامه، ولا يجوز تأخير ذلك لأن الميت الذي عليه الدين يحتاج إلى قضاء ما عليه من الديون الحائلة بينه وبين الجنة[٣].

والظاهر: أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، وان الرهن لا ينفسخ بموت الراهن، لأن الأجل حق له فيبقى حقه في الأجل إلى أن ينتهي، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر نهاية المحتاج ٤/٣٨٦، ومغني ابن قدامه ٤/٤٣٩، وذكر القانون أن الرهن ينتهي بهذه الأمور التي ذكرتها. كما جاء ذلك في المادة ٩٩٤ وفيها: بأنه يجوز أن يكون الوفاء من غير الراهن بإذنه ويرجع الموفى على الراهن بما وفى إذا لم يكن متبرعاً.

(٢) وهذه المسألة وهي عدم حلول الدين بموت المدين مشار إليها في شروط المسلم فيه في عقد السلم، وهناك بيان مصادر الفقهاء.

(٣) انظر الاختيار ٢/٧١.

المبحث الرابع

الكفالة

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

في تعريف الكفالة وحكمها

أ ـ تعريفها:

معناها لغة: الضم: يقال كفل فلان فلاناً بمعنى: ضمه إليه ومنه قوله تعالى ﴿**وكفلها زكريا**﴾[1] أي ضمها إلى نفسه ليعولها ويقوم بتربيتها.

والكفالة: بمعنى الضمان، ولذلك يعبر به كثير من الفقهاء. وقد تعددت تعاريف الفقهاء للكفالة، فمنهم من عبر بالكفالة فقال الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة لا في الدين[2].

ومنهم من عبر بالضمان فقال: الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام بالحق[3].

فالالتزام بالحق يشمل كل حق التزم به الإنسان سواء كان مالاً أو نفساً، بأن يحضرها إلى المكفول له.

---

(١) سورة آل عمران، آية ٣٧.

(٢) وقيل: في المطالبة في الدين انظر فتح القدير ١٦٣/٧.

(٣) انظر مغني ابن قدامه ٥٩٠/٤.

وعرفها بعضهم بتعريف أوضح من ذلك فقال: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة[١].

وعرفها بعضهم بقوله: هي الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[٢].

ب ـ حكم الكفالة، الضمان:

في هذه الفقرة مسألتان: الأولى: حكمها من حيث مشروعيتها. الثانية: حكمها من حيث لزوم الكفالة وعدم لزومها..

المسألة الأولى: حكم الكفالة من حيث مشروعيتها:

الكفالة جائزة، والأصل في جوازها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾[٣] أي كفيل.

وأما السنة فمنها حديث سلمة بن الأكوع: أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها فقال: «هل عليه من دين»؟ قالوا: لا، فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: نعم، قال: «فصلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: علَيَّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه[٤].

والشاهد في الحديث قول أبي قتادة: علَيَّ دينه يا رسول الله، فلم يصل عليه حتى تحمل الدين أبو قتادة، وفي رواية أنه كان دينارين[٥].

---

(١) انظر مغني المحتاج ١٩٨/٢.
(٢) انظر نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ١٥.
(٣) سورة يوسف، آية ٧٢.
(٤) رواه البخاري بهذا اللفظ انظر فتح الباري ٤٧٤/٤.
(٥) ويقال في الكفيل/ ضمين، وحميل، وزعيم، وغريم، انظر بدائع الصنائع ٣٤٠٤/٧ في مغني ابن قدامه ٥٩١/٤، يقال: ضمين وكفيل وقبيل وحميل وصبير بمعنى واحد.

ومنها حديث أبي أُمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضي»[1].

وأما الإجماع، فلم يوجد من المسلمين من يخالف في جواز الكفالة في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع منها نذكرها في محلها إن شاء الله تعالى[2].

المسألة الثانية: حكم الكفالة من حيث لزومها وعدم لزومها:

عقد الكفالة لازم فلا يجوز الرجوع عنها بعد صدور الإيجاب من الكفيل ولا يكون لازماً من جهة المكفول له، فلو رضي بالكفالة من الكفيل فله أن يرجع بعد ذلك ويبرىء الكفيل عن الكفالة وبقي حقه على المكفول عنه بدون كفالة.

المطلب الثاني

في أركان الكفالة وشروط أركانها

وهي خمسة أركان، الكفيل، والمكفول عنه، والمكفول له، والمكفول به والصيغة، هذا مجملها وفيما يأتي تفصيل ذلك[3].

١ ـ الكفيل: وهو الذي يلتزم بالضمان:

ويشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع جائز التصرف.

فلا تصح الكفالة من الصبي ولا من زائل العقل، ولا من المكره، ولا تصح من المحجور عليه لسفه.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وقال: حسن. انظر تحفة الآحوذي ٤٨١/٤ ويدل هذا الحديث أيضاً على تضمين صاحب العارية قال الترمذي: وهو قول الشافعي وأحمد وقال بعض أهل العلم: ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف، ونقل ذلك عن جماعة من الصحابة وغيرهم وهو قول الثوري وأهل الكوفة وبه يقول إسحاق.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥٩١/٤، ونهاية المحتاج ٤١٨/٤، والمنتقى ٨٠/٦.

(٣) هذا مذهب جمهور الفقهاء وفي مذهب الحنفية لها ركن واحد، انظر بدائع الصنائع ٣٤٠٥/٧.

وتجوز الكفالة من المحجور عليه لفلس ويتبع به بعد فك الحجر عنه، لأنه من أهل التصرف، لأن الحجر في ماله لا في ذمته.

وتصح كفالة المريض فإن كان المرض ليس مخوفاً فيكون حكمه حكم الصحيح، وإن كان مخوفاً صح ضمانه في ثلث ماله فما دونه ولا يصح في أكثر من الثلث، لأن الضمان تبرع، كالوصية أو الهبة فلا يصح في أكثر من الثلث[1].

ولا فرق في الضمان بين الرجل والمرأة، فالمرأة إذا كانت رشيدة صح ضمانها كالرجل ولا تحتاج إلى إذن زوجها ولا غيره.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

وقال بعض الفقهاء: لا يصح ضمان المرأة إلا بإذن زوجها، فإن لم يأذن لها بطلت كفالتها إلا في الثلث من مالها، وهذا مذهب المالكية[2].

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال «لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذا هو ملك عصمتها»[3].

وما ذهب إليه الجمهور هو الراجح فيما يبدو، لأن المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها، وما استدل به المالكية فهو ضعيف، وعلى فرض صحته فيحمل مالها في الحديث على مال زوجها، وإنما أضيف إليها لحفظها إياه.

٢ ـ المكفول عنه، وهو من عليه الحق، ويسمى: بالأصيل.

ولا يشترط فيه أن يكون قادراً على تسليم المكفول به، ولا يشترط فيه أيضاً يسره ولا حياته، فتصح الكفالة عن الحي والميت ولو مات مفلساً.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

واستدلوا بحديث سلمة بن الأكوع السابق، وفيه أن أبا قتادة كفل عن

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٣٨٤/٥، ونهاية المحتاج ٤٢٠/٤، وبدائع الصنائع ٣٤١٢/٧ و٣٤١٤.

(٢) انظر المنتقى ٨٥/٦، وهو المشهور في مذهبهم وهو مذهب ابن القاسم.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه ٧٩٨/٢ بإسناد ضعيف.

(٤) انظر نهاية المحتاج ٤٢٤/٤، وكشاف القناع ٣٥٤/٣، ومغني ابن قدامه ٥٩٣/٤.

الميت وهو لا يعرفه، فأقره النبي ﷺ. ففيه دلالة على جواز الكفالة عن الميت ولو كان مفلساً.

واشترط أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لصحة الكفالة عن الميت أن يكون قد ترك مالاً يمكن وفاء الدين منه، لأنه لا يتصور قيام الحق بدون محله، فإن محل الدين الذمة وقد خربت ذمته بموته فلم يكن له ذمة صالحة فتكون محلاً للحق بعد الموت(١).

وقالوا: إن حديث أبي قتادة كان وعداً منه لا كفالة، ويحتمل أن يكون الميت قد ترك مالاً وكان أبو قتادة يعرف ذلك الرجل.

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن قول أبي قتادة كان صريحاً في التحمل والالتزام، وإن حق الغير لا يسقط بالموت وإنما يسقط بالأداء، أو الابراء أو الانفساخ ولم يحصل شيء من ذلك.

واشترط الحنفية أيضاً وبعض فقهاء الحنابلة والشافعية أن يكون المكفول عنه معروفاً لدى الكفيل، ليعلم يساره أو مبادرته إلى وفاء دينه(٢).

والظاهر: أنه لا يشترط ذلك لظاهر حديث أبي قتادة، ولأن الضمان تبرع بالتزام فلم يعتبر فيه معرفة من تبرع له، كالنذر.

ولا يعتبر كذلك رضى المضمون عنه، ونقل الاتفاق على ذلك(٣).

٣ ـ المكفول له، وهو من له الحق.

---

(١) انظر المبسوط ١٠٩/٢٠، والاختيار ١٧٠/٢، وبدائع الصنائع ٣٤١٢/٧.
(٢) انظر المصدرين السابقين، ونهاية المحتاج ٤٢٤/٤، ومغني ابن قدامه ٥٩١/٤.
(٣) انظر المراجع السابقة، وكشاف القناع ٢٥٤/٣. ونصت المادة ١٠٠٣ في قانون المعاملات على أنه يشترط في المكفول عليه البلوغ والعقل ولا يشترط رضاه بالكفالة، ونصت المادة ١٠٠٢ على أنه يشترط في الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع وأن يرضى بالكفالة ولا يشترط في مذهب الحنفية حضور المكفول عنه فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس وجواز ذلك عند الجمهور من باب أولى، انظر بدائع الصنائع ٣٤١٣/٧.

أ ـ لا يشترط رضى المكفول له ولا حضوره في مجلس العقد، فتنعقد الكفالة بإيجاب من الكفيل ولا يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وهو الأصح في مذهب الشافعية والحنابلة[1].

واستدلوا بحديث سلمة بن الأكوع، وفيه: أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له فأجازه النبي ﷺ.

ولأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه.

ويرى أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: أنه يشترط أن يكون قابلاً وأن يكون حاضراً في مجلس العقد، فلو كفل عن غائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز فلا يصح العقد إذا لم يقبل عنه حاضر بالنيابة عنه، لأن فيه معنى التمليك والتمليك لا يقوم إلا بالايجاب والقبول فلا يصح العقد بالإيجاب فقط لأنه شطر العقد.

ب ـ ولا يشترط أن يكون معروفاً لدى الكفيل.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، ودليلهم لذلك الحديث السابق.

ويرى أبو حنيفة ومحمد: أنه لا تصح الكفالة لمجهول، كما لو كفل لأحد الناس لأن الكفالة شرعت لأجل التوثق، ولا يحصل ذلك إذا كان المكفول له مجهولاً[2].

ويبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن المقصود من الضمان هو أداء ما التزم به عند الطلب وليس المقصود الأداء لمن التزم له.

٤ ـ المكفول به.

١ ـ يشترط فيه أن يكون معلوماً قدراً وجنساً وصفة.

فلا يصح ضمان المجهول، لأنه التزام مال فلا يصح مجهولاً، كالثمن في المبيع وهذا مذهب الشافعية والثوري والليث وغيرهم.

ويرى جمهور الفقهاء: صحة ضمان المجهول.

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥٩١/٤، ومغني المحتاج ٢٠٠/٢ وتكملة المجموع ٤٥٦/١٣.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٣٤١٣/٧.

واستدلوا بقوله تعالى ﴿**ولـمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيـم**﴾ فحمل البعير غير معلوم، لأنه يختلف باختلافه(1).

واستدلوا أيضاً بعموم حديث أبي امامة «الزعيم غارم».

٢ ـ ويشترط أن يكون الدين لازماً في الذمة ولو غير مستقر، كمهر قبل دخول أو موت وثمن مبيع قبل قبض، يعني إما أن يكون لازماً في الحال، كالقرض أو يلزم في المال، كالأجرة والمهر وثمن البيع في زمن الخيار، فإن ذلك يؤول إلى اللزوم.

وأجاز بعض الفقهاء ضمان ما لم يجب، كأن يضمن شخص على ما يثبت في ذمة شخص آخر في المستقبل من قرض أو ثمن مبيع ونحو ذلك، فيقول: أقرض فلاناً وأنا أضمن لك أو بعه وأنا أضمن لك بالثمن، فأجاز ذلك المالكية وبعض فقهاء الحنابلة كما يجوز عندهم ضمان الجعل في الجعالة(2).

والظاهر أن الضمان قبل ثبوت الحق لا يلزم، لأنه لا يتحقق فيه حقيقة الضمان وهو ضم ذمة إلى ذمة في الالتزام بالدين فإذا لم يكن على المضمون شيء فلا ضم فيه ولا يكون ضماناً.

ويصح ضمان العهدة عن البائع قبل قبض الثمن وبعده في مذهب الحنابلة ولايصح في مذهب الشافعية إلا بعد قبض الثمن(3).

وضمان العهدة: أن يقول شخص: أنا أضمن لك إذا خرج المبيع أو الثمن مستحقاً أو معيباً، فيضمن للمشتري الثمن وللبائع المبيع، أو يضمن له ما نقص من الكيل أو الوزن ونحو ذلك.

---

(١) انظر المصادر السابقة، وكشاف القناع ٣/٣٥٤، وقوانين الأحكام ص ٣٥٣، ونصت المادة ١٠٠٤ من قانون المعاملات على أنه يشترط في المكفول به أن يكون مضموناً على المكفول عليه، مقدور التسليم فإن كان عيناً يشترط أن تكون مضمونة، وإن كان ديناً يشترط أن يكون لازماً.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٤/٥٩٤ و٥٩٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٣.

(٣) انظر نهاية المحتاج ٤/٤٢٥، ومغني ابن قدامه ٤/٥٩٦، ويسمى ضمان الدرك وهو التبعة أي المطالبة، وقال بعضهم: أن العهدة هي الصك المكتوب فيه الثمن، ويستعمله الفقهاء في ضمان المبيع أو الثمن ونحو ذلك.

٣ ـ ويشترط في المكفول به أن يكون مضموناً، سواء كان عيناً أم ديناً، أم فعلاً، أم نفساً، فلا يصح ضمان الودائع ولا مال الشركات المضاربة، لأنها أمانة، فإن لم يكن من الأمانات فيجوز ضمانه كضمان العارية، وضمان الفعل كتسليم المبيع أو الثمن، أو الكفالة بتسليم نفس وجب عليها حق كمالٍ أو حدٍ أو قصاص.

٤ ـ ويشترط أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل، فلا تصح الكفالة في الحدود والقصاص، لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا فائدة من الكفالة في ذلك[١].

٥ ـ الصيغة، وتصح بكل لفظ يفيد التعهد والالتزام كأن يقول الكفيل: كفلت أو ضمنت أو تحملت أو أنا بذلك زعيم أو حميل ونحو ذلك.

ويتم العقد بالإيجاب من جهة الكفيل ولا يحتاج إلى قبول في مذهب جمهور الفقهاء، ولا يصح العقد عند أبي حنيفة ومحمد إلا بالإيجاب والقبول[٢].

ولا يصح تعليق الكفالة بشرط، مثل: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان أو تكفلت ببدنه، لأنه عقد لا يقبل التعليق، وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية، وحجتهم في ذلك، القياس على البيع.

وقال بعضهم: يجوز ذلك، لأن المقصود هو الأداء، وهذا قول في مذهب الشافعية، وهو مذهب الهادوية[٣].

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٤١٥/٧، واشترط قانون المعاملات في المكفول به نحو هذه الشروط فذكر في المادة ١٠٠٤: أنه يشترط في المكفول به أن يكون مضموناً على المكفول عليه، مقدور التسليم، وقال في المادة ١٠٠٩: تصح الكفالة بالمال ولو كان مجهول القدر، والقول للضامن في القدر ويحلف. وفي المادة ١٠١١: تصح الكفالة بما يثبت مستقبلاً وللكفيل الرجوع فيما يثبت بالمعاملة قبل ثبوته وإذا ثبت قبل الرجوع لزمت الكفالة.

(٢) تقدم تفصيل ذلك عند الفقهاء في الركن الثالث، وهو المكفول له.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢٠٧/٢، وأجاز قانون المعاملات تعليق الكفالة على شرط كما جاء ذلك في المادة ١٠٠٨ فقال: تصح الكفالة معلقة على شرط ولو بمجهول انتهاءاً وتصح مضافة إلى أجل معلوم ابتداء، وانظر التاج المذهب ١٤٦/٤.

المطلب الثالث

في أنواع الكفالة

والكفالة نوعان أحدهما، كفالة بالنفس، والثاني: كفالة بالمال.

أ ـ النوع الأول: الكفالة بالنفس.

وهي التعهد بإحضار المكفول حين يطلبه المكفول له، ويقال لها: الكفالة بالبدن، والكفالة بالوجه.

وهي جائزة في مذهب جمهور الفقهاء، وهو المعتمد في مذهب الشافعية، وقد نقل الاتفاق على ثبوتها[1].

واستدلوا على جوازها بقوله تعالى ﴿**قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم**﴾[2].

وبعموم حديث أبي أمامة السابق «الزعيم غارم».

ويرى الظاهرية وبعض فقهاء الشافعية: أن الكفالة بالنفس لا تصح.

واحتجوا بقوله تعالى ﴿**قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده إنا إذاً لظالمون**﴾[3] ولأنها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة بالحدود[4].

والظاهر: أن ما ذهب إله الجمهور هو الراجح، لأن الحاجة تدعو إليها ولعموم الأدلة على جواز الكفالة ولا فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال.

---

(١) مغني ابن قدامه ٦١٤/٤، ونهاية المحتاج ٤٣١/٤، وحاشية ابن عابدين ٢٨٨/٥.

(٢) سورة يوسف، آية ٦٦.

(٣) سورة يوسف، آية ٧٩.

(٤) انظر المحلى ٥٣٧/٨، وبداية المجتهد ٢٩٥/٢. وفي المادة ١٠١٧ من قانون المعاملات جاء فيها: إذا كانت الكفالة بالبدن حالة وثبت الحق المكفول به لزم الكفيل إحضار المكفول وإلا أمر القاضي بتقديم ما يخلصه ويرجع الكفيل بالمال الذي لزم المكفول بوجهه إذا أداه ولا يرجع بما غرم غير ذلك، وإذا رفض ما أمر به القاضي حبسه.

وأما الآية التي استدلوا بها فلا تدل على عدم جواز الكفالة مطلقاً وإنما تدل على أنها لا تجوز إلا برضى المكفول له، وهي أيضاً شرع من قبلنا فلا تكون شرعاً لنا إلا إذا لم يوجد في شرعنا ما يخالفه، وقد ورد في شرعنا ما يدل على جواز الكفالة فيكون هو الحجة.

ب ـ وتصح الكفالة بالبدن بكل لفظ يؤدي إلى معنى التعهد والإلتزام بإحضار المكفول عند الطلب، فلو التزم بإحضاره فلا يكفى إحضار جزء منه تبقى الحياة بدونه.

جـ ـ وإذا تكفل بإحضار شخص فتعذر حضوره وهو حيّ لزمه ما عليه من مال، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

واستدلوا بعموم حديث أبي أمامة «الزعيم غارم» ولأنها نوع من أنواع الكفالة فيلزم فيها الغرم، كالكفالة بالمال.

وقال بعض الفقهاء: لا يطالب الكفيل بالنفس بالمال، وهو مذهب الشافعية والهادوية[2]، لأنه لم يلتزم بالمال وإنما ضمن النفس ولم يتمكن من إحضارها.

د ـ ولو اشترط في الكفالة على أنه إن لم يحضر الشخص المكفول عليه يغرم الكفيل المال بطلت، وهذا هو المشهور في مذهب الشافعية، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، بناء على أن الكفيل لا يغرم المال عند الإطلاق.

وفي قول لهم: أن الكفالة صحيحة والشرط صحيح، بناء على أنه يغرم عند الإطلاق، وهو مذهب جمهور الفقهاء[3].

---

(١) انظر مغني المحتاج ٦١٤/٤ والمراجع السابقة.

(٢) انظر مغني المحتاج ٢٠٥/٢، وتكملة المجموع ٤٨٨/١٣، والتاج المذهب ١٤٢/٤. ويظهر من مادة القانون ١٠٢٠ بأنه أخذ بمذهب الشافعية والهادوية فقال فيها: إذا تعذر تسليم المكفول عليه بالبدن لغيابه وجهل مكانه يخلي سبيل الكفيل وتعود الكفالة إن عاد المكفول عليه وأمكن إيصاله.

(٣) وفي مذهب الشافعية والهادوية لا يغرم، كما تقدم بيان ذلك وأخذ به قانون المعاملات ويظهر لي أنه الصواب.

هـ - ويشترط في كفالة البدن أن يكون المكفول معيناً، فلو قال كفلت أحد هذين الرجلين لم تصح، لأن المكفول مجهول.

و - وتصح الكفالة ببدن من عليه مال ولو أمانة، ولا يشترط العلم بقدره، بناء على القول بأنه لا يغرم الكفيل إن لم يحضر المكفول.

وفي قول للفقهاء: بأنه يشترط العلم بقدره، لأنه قد يتعذر إحضار المكفول عليه فيلزم الكفيل الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله به[1].

ز - ولا تصح الكفالة بحد من حدود الله، سواء كان من حقوق الله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب أو حق لآدمي، كحد القصاص والقذف فمن وجب عليه حد من حدود الله تعالى فلا يجوز لأحد أن يكفله في استيفاء الحد منه إن لم يسلم الجاني نفسه لإقامة الحد عليه، لأن الكفالة ليست بنفس ولا مال ولأن الاستيفاء من الكفيل متعذر فلا فائدة في الكفالة فيها.

وهذا مما لا خلاف فيه أعلمه عند الفقهاء.

واختلفوا في الكفالة ببدن من عليه حد لإحضاره لاستيفاء الحد منه على ثلاثة آراء.

١ - يرى أكثر الفقهاء: أن الكفالة لا تصح في الحدود مطلقاً، سواء كان الحد حقاً لله تعالى، كحد الزنا والسرقة، أو حقاً لآدمي كحد القصاص والقذف.

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا كفالة في حد»[2] ولأن الحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الإستيثاق.

٢ - وقال بعضهم: أن الكفالة تجوز في الحدود مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية. لأنها كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٦١٥/٤، ونهاية المحتاج ٤٣٢/٤، والمنتقى للباجي ٨٣/٦.

(٢) أخرجه ابن عدي والبيهقي بإسناد ضعيف انظر إرواء الغليل ٢٤٧/٥.

كالكفالة بتسليم من عليه الدين، وهو قول في مذهب الشافعية[1].

٣ ـ وقال بعضهم: تصح الكفالة ببدن كل من استحق حضوره مجلس الحكم عند الاستعداء عليه لحق آدمي ومن عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف وتعزير لأنه حق لازم فأشبه المال ولا تصح في حدود الله تعالى وتعازيره، كحد خمر وزنا وسرقة، لأنا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن.

وهذا قول في مذهب الشافعية[2].

والذي يظهر لي صوابه من هذه الآراء الثلاثة هو القول الثاني، وهو أن الكفالة تجوز في الحدود مطلقاً، لعموم الأدلة على جوازها.

وأما السعي إلى إسقاط الحدود ودرء الشبهات فإن ذلك يكون قبل أن تبلغ الحاكم، أما إذا بلغت الحكومة وألزم الجاني الحضور إلى الحاكم لإقامة الحد عليه فلا يجوز حينئذ درؤها ولا إسقاطها، والكفالة بحضور البدن إنما تكون بعد ثبوت الحد وبلوغه إلى الحاكم، وأما الحديث الذي استدلوا به فلا يحتج به لأنه لم تثبت صحته عن النبي ﷺ.

النوع الثاني: الكفالة بالمال.

أما الكلام على الكفالة بالمال فقد تقدم تفصيل ذلك في الركن الرابع من أركان الكفالة والمكفول به وقد ذكرت هناك ما يشترط في المكفول به سواء كان ديناً أم عيناً.

---

(١) انظر المراجع السابقة وحاشية ابن عابدين ٢٨٣/٥، وبدائع الصنائع ٣٤١٨/٧. وبداية المجتهد ٢٩٦/٢ وكشاف القناع ٣٦٤/٣. وذكر المالكية: أنه لا تصح الكفالة في الحدود ولا التعازير،لأنها تتعلق بمعينين ولا تتعلق بالذمم، ولأن النيابة لا تصح فيها، انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٣ والمنتقى للباجي ٨٤/٦. والظاهر أن الصواب هو القول بجواز الكفالة في الحدود مطلقاً، والكفالة فيها هي كفالة وجه وليست كفالة استيفاء، فالكفيل مطالب بإحضار من وجب عليه حد إن استطاع، ولا مانع من ذلك.

(٢) انظر نهاية المحتاج ٤٣٣/٤.

المطلب الرابع

في أحكام ومسائل تتعلق بالكفالة

١ ـ لا يبرأ الكفيل بالنفس إلا إذا سلم المكفول عنه للمكفول له، ويحصل التسليم بحضور المكفول عنه بنفسه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه، فإذا عين الكفيل في الكفالة مكان التسليم فيشترط أن يسلمه في المكان المعين ولا يبرأ إلا بتسليمه في ذلك المكان بلا حائل يحول بينه وبين المكفول له، فإن غاب لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه، لأنه معذور وإن غاب في مكان معلوم ألزم الكفيل بإحضاره ويمهل مدة يمكنه أن يذهب ويرجع فيها في العادة فإن مضت المدة ولم يأت به حبس، لأنه مقصر في إحضار المكفول عنه، إلا أن يؤدي ما عليه فيبرأ من الكفالة[1].

٢ ـ إذا مات المكفول عنه في الكفالة بالنفس برىء الكفيل، كما لو غاب في مكان مجهول، ولا يلزم الكفيل ما عليه من الدين، لأن الكفيل ملزم بإحضار بدنه لا بتسليم ما عليه فإن تعذر حضوره لم يلزم الكفيل شيء مما عليه.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

وقال بعض الفقهاء: يجب على الكفيل غرم ما على المكفول عنه.

ونقل هذا عن مالك والليث بن سعد وغيرهما.

لأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين بموت أو غيبة ونحوهما استوفى من الوثيقة كالرهن[3].

---

(١) انظر نهاية المحتاج ٤٣٦/٤، وتكملة المجموع ٤٩٥/١٣، ومغني ابن قدامه ٦١٧/٤.
وحول هذه المسألة نصت المادة في القانون على أنه إذا تعذر تسليم المكفول عليه بالبدن لغيابه وجهل مكانه يخلى سبيل الكفيل وتعود الكفالة إن عاد المكفول عليه وأمكن إيصاله انظر المادة ١٠٢٠.

(٢) انظر المصادر السابقة.

(٣) انظر المصادر السابقة.

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأن الكفالة بالبدن ليست مثل الكفالة بالمال، فالكفالة بمال يغرم الكفيل على أي حال بخلاف الكفالة بالنفس فإن المقصود إحضار بدن الشخص فقط، إلا إذا ضمن المال مع الكفالة بإحضار الشخص، كأن يقول الكفيل: أنا أكفل بحضوره أو تسليم ما عليه من الدين فإن لم يحضره ضمن ما عليه من الدين.

وإذا مات الكفيل انتهت الكفالة، لأن ورثة الكفيل لا يقومون مقامه فيها. وأما إذا مات المكفول له فلا تنتهي الكفالة ولا تسقط بموته والورثة يطالبون الكفيل بالمكفول به كسائر حقوقهم الموروثة.

وهذا هو القول الراجح فيما يظهر من أقوال الفقهاء.

٣ ـ ويبرأ الكفيل من الكفالة بالنفس ببراءة المكفول له. كما لو قال له: أبرأتك من الكفالة، لأنها ليست لازمة من جهة المكفول له وإنما لزومها في حق الكفيل فقط.

٤ ـ لا يبرأ المكفول عنه في الكفالة بالمال بنفس الكفالة كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة المكفول عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الكفيل والمكفول عنه.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء(١).

واستدلوا بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»(٢).

وبحديث جابر أيضاً وفيه: أن رجلاً توفي وبعد أن غسلوه وكفنوه قدموه للنبي ﷺ ليصلي عليه فسأل عن دينه فقالوا: عليه ديناران فلم يصل عليه حتى تحملهما أبو قتادة، وبعد يوم سأل النبي ﷺ أبا قتادة عن الدينارين فأخبر بأنه لم

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٦٠٣/٤، وبدائع الصنائع ٣٤٢٣/٧.

(٢) رواه أحمد والترمذي وحسنه، والحاكم وصححه، وصححه السيوطي، انظر فيض القدير شرح الجامع الصغير ٢٨٨/٦.

يقضهما، فأعاد عليه السؤال من الغد، فقال: قد قضيتهما، فقال النبي ﷺ: «الآن بردت جلده»[1].

ففيه دليل على أن المكفول عنه لايبرأ حتى يقضى عنه الدين، لأن جلد المدين لم يبرد إلا بقضاء الدين عنه.

وقال بعض الفقهاء: إن الحق ينقل بالكفالة إلى الكفيل ويبرأ المكفول عنه، كالحوالة ونقل ذلك عن الظاهرية وابن أبي ليلى وأبي ثور[2].

واستدلوا بما جاء في حديث جابر السابق أن النبي ﷺ قال «أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت».

فدل على أن المكفول عنه يبرأ بالكفالة، واحتجوا أيضاً بالقياس على الحوالة. والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن هناك فرقاً بين الضمان والحوالة. فالضمان ضم ذمة إلى ذمة أخرى فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما، والحوالة من التحويل فتقتضي تحول الحق من محله إلى محل ذمة المحال عليه.

ومعنى قوله في الحديث «أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت» فالظاهر أن المقصود به حصول ذلك بعد الأداء لا قبله، بدليل قوله «الآن بردت جلده» يعني بعد أن أدى عنه الدرهمين.

٥ ـ وإذا أبرأ المكفول له ـ الذي هو صاحب الدين ـ المكفول عنه ـ وهو المدين برئت ذمة الكفيل، وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، وبقي الدين على الأصيل فقط، فإن قضى الأصيل الحق برئا جميعاً.

٦ ـ إذا كانت الكفالة بإذن من المكفول عنه وأدى الكفيل ما على المكفول عنه من الدين رجع عليه بما أداه، سواء أدى بإذنه أم بغير إذنه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء لأن الكفالة كانت بإذنه.

---

(١) رواه أبو داود والنسائي والدارقطني وصححه ابن حبان والحاكم، وقد تقدم بمعناه في حكم الكفالة، انظر نيل الأوطار ٥/٢٦٩ و٢٧٠ والحديث اختصرته من حديث طويل.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٤/٣٠٢.

وقال بعض الفقهاء: لا يرجع بالدين إلا إذا أداه بإذنه، لأنه إذا دفع بغير إذنه يكون كالمتبرع، وهذا قول في مذهب الشافعية[1].

ويبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأنه ليس بمتبرع بدفع دين المكفول عنه.

٢ ـ وإذا ضمن بغير إذنه وقضي بإذنه لم يرجع، لأنه لزمه بغير إذنه فلم يؤثر إذنه في قضائه.

وقال بعضهم: يرجع لأنه قضي بإذنه.

٣ ـ وإن ضمن بغير إذنه وقضي بغير إذنه لم يرجع، لأنه تبرع وليس بدين. ويدل على ذلك قصة أبي قتادة لما ضمن عن الميت صلى عليه النبي ﷺ، فلو كانت ذمة الميت مشغولة بالدين المكفول به عنه لما صلى عليه، لأنه لا يزال في ذمته دين.

وهذا قول أكثر الفقهاء[2].

وقال بعضهم: يرجع مطلقاً، لأنه قضاء من دين واجب فكان من ضمان من هوعليه، كالحاكم إذا قضاه عند امتناعه، وهذا قول الحنابلة[3].

وهو الراجح فيما يبدو لي، لأن الضامن لم يقصد التبرع فلو كان تبرعاً لما رجع إلى المضمون عنه، وأما أبو قتادة فإنه كان محتسباً، بدليل أن النبي ﷺ صلى على الميت، والله تعالى أعلم.

٧ ـ ولا يدخل في الكفالة خيار، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ، والكفيل يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون وأنه لا حظ له في العقد، فإذا شرط في عقد الكفالة خيار أبطلها.

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٦٠٧/٤ وتكملة المجموع ٤٧١/١٣.

(٢) وهو مذهب الحنفية والشافعية: قال الكاساني: ولو كفل بغير أمره لا يرجع عليه عند عامة العلماء وقال مالك: يرجع، والصحيح قول العامة لأن الكفالة بغير أمر تبرع بقضاء دين الغير فلا يحتمل الرجوع، انظر بدائع الصنائع ٣٤٣٠/٧، وكذلك الحكم عندهم إذا ضمن بغير إذنه وقضى بإذنه.

(٣) انظر مغني ابن قدامه ٦٠٨/٤ و٦٠٩.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

وتصح الكفالة ويبطل الشرط في مذهب الحنفية[1].

٨ ـ ومن تكفل ببدن رجل وشرط أنه متى لم يحضر فعليه الحق الذي عليه صحت الكفالة، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة، لأنه شرط لا ينافي العقد بل هو مما يقتضيه ويؤكده.

وقال بعض الفقهاء: لا تصح الكفالة بهذا الشرط ولا يلزمه ما عليه لأن هذا التعليق فيه خطر فلم يصح، كما لو علقه بقدوم زيد الغائب، وهذا مذهب الشافعية وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية[2].

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأنه شرط يقتضيه عقد الكفالة.

٩ ـ تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول عنه، وكذلك تصح ببدن صبي أو مجنون، لأن القبول في الكفالة ليس شرطاً لتمام عقد الكفالة.

فتصح الكفالة بدون رضى المكفول عنه، سواء كانت الكفالة بالنفس أم بالمال.

وقال بعض الفقهاء: لا تصح، لأنه إذا تكفل له من غير إذنه لم يقدر على تسليمه، فلا تفيد الكفالة في ذلك شيئاً.

وهذا مذهب الشافعية والحنفية[3].

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأن الكفيل بالبدن إذا لم يقدر على

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٦١٣/٤، وتكملة المجموع ٤٦٥/١٣، والاختيار ١٧١/٢. ومثل الشروط الجائزة في مذهب الحنفية: ما بعت فلاناً فعلي أو ما غصبك فعلي أو إن غاب فعلي أو تكفلت بمالك عليه، فتجوز هذه الشروط لأنها ملائمة، فلا تجوز غير الملائمة، مثل إن هبت الريح أو جاء المطر، انظر الاختيار ١٧١/٢.

(٢) انظر مغني ابن قدامه ٦١٩/٤، وتكملة المجموع ٤٨٩/١٣.

(٣) انظر تكملة المجموع ٤٩٢/١٣، وبدائع الصنائع ٣٤١٤/٧ و٣٤١٥، إلا أن الشافعية يختلفون مع الحنفية بالتفصيل، فإن القبول عند الشافعية ليس شرطاً في العقد.

تسليم المكفول به برىء ولم يلزمه ما عليه من المال، وهو الذي اخترته من أقوال الفقهاء فيما تقدم.

١٠ ـ إذا اختلف الكفيل والمكفول له في مقدار المكفول به فالقول قول الكفيل لأن الأصل عدم الزيادة، والقول قوله أيضاً في اشتراط تعجيل المؤجل لأن الأصل عدم الشرط.

وإذا اختلفا في الإبراء أو الوفاء بالدين. كله أو بعضه فالقول قول المكفول له، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما ينقله عن مكانه.

وإذا اختلفا في الإذن فقال الكفيل للمكفول عنه: كفلت بإذنك فأنكر المكفول عنه فالقول قول المكفول عنه، لأنه منكر. وإذا اختلفا في أداء الدين، كما لو قال الكفيل: قد أديت الدين المكفول به للمكفول له فأنكر المكفول له فالقول قول المكفول له، لأن الأصل بقاء الدين فالكفيل مدع والمكفول له منكر فيقبل قوله مع يمينه.

المبحث الخامس

الحوالة

وفيه ثلاث مطالب

المطلب الأول

في تعريف الحوالة وحكمها وأركانها

أ ـ الحوالة لغة:

الانتقال، يقال: حول الشيء عن مكانه نقله منه إلى مكان آخر، ومنه قوله تعالى﴿**لا يغون عنها حولاً**﴾[1].

والحوالة في اصطلاح الفقهاء: هي نقل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى بشروط مخصوصة[2].

ب ـ حكم الحوالة:

الحوالة جائزة والدليل على جوازها السنة الثابتة والإجماع.

أما السنة فمنها حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع»[3].

والمطل: هو المدافعة، والمراد به في الحديث: تأخير ما استحق أداؤه بغير

---

(١) سورة الكهف، آية ١٠٨.

(٢) انظر تكملة المجموع ١٣/٤٢٤.

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما انظر فتح الباري ٤/٤٦٤.

عذر، والمعنى: أنه يحرم على الغني القادر أن يماطل بالدين بعد استحقاقه عليه، بخلاف العاجز.

وأما الإجماع فقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا ولم يوجد من يخالف في ذلك[1]. وتعتبر الحوالة وقبولها من التعاون الذي أمر الله به بقوله تعالى ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى**﴾[2] لأن في ذلك تيسيراً وتسهيلاً في أداء الحقوق لأصحابها بطريقة مباشرة وغير مباشرة[3].

والحوالة فيها معنى الكفالة من حيث أن كلاً منهما عقد التزام بما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل، بخلاف الكفالة فإن الأصيل فيها لا يبرأ من المطالبة من صاحب الحق عند جمهور الفقهاء وهو القول المختار من أقوال الفقهاء وقد بينت ذلك مفصلاً في عقد الكفالة.

جـ ـ أركان عقد الحوالة عند جمهور الفقهاء، وهي كالآتي:

١ ـ محيل، وهو من عليه الدين للمحال.

٢ ـ محال، وهو من له الدين على المحيل.

٣ ـ محال عليه، وهو من عليه الدين للمحيل.

٤ ـ دينان، وهما دين المحيل ودين المحال عليه.

٥ ـ صيغة، وهي الإيجاب والقبول.

وركن الحوالة في مذهب الحنفية الإيجاب والقبول، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحال والمحال عليه جميعاً[4].

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين ٥/٣٤٠، ومغني ابن قدامه ٤/٥٧٦.
(٢) سورة المائدة، آية ٢.
(٣) وحقيقة الحوالة في قانون المعاملات: نقل مال من ذمة إلى ذمة مع براءة الذمة الأولى. جاء ذلك في المادة ٣٦٧ وهذا التعريف في التاج المذهب ٤/١٥٠.
(٤) انظر بدائع الصنائع ٧/٣٤٣٥.

المطلب الثاني

في أركان الحوالة

يشترط لصحة الحوالة شروط، وهي متفرقة في أركانها، وتفصيلها كالآتي:

أ ـ ما يشترط في المحيل:

١ ـ أن يكون أهلاً للتصرف في المال، فلا تصح من صبي ولا مجنون وخلاصة ذلك أنه يشترط فيه ما يشترط في البائع والمشتري.

٢ ـ ويشترط فيه أن يكون راضياً، وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء، لأن الحق عليه وهو الملتزم بأدائه من أي جهة شاء[1].

ب ـ ما يشترط في المحال:

١ ـ يشترط فيه أن يكون أهلاً للتصرف.

٢ ـ أن يكون قابلاً للحوالة في مجلس العقد.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

إلا أن بعضهم لم يشترط حضوره في مجلس العقد، فلو كان غائباً فعلم بالحوالة فأجاز صح ذلك.

وعللوا لذلك: بأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضى صاحب الحق، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً.

ويرى بعض الفقهاء: أنه لا يشترط رضاه فيجب عليه قبول الحوالة إذا كانت على مليء، وهذا مذهب الحنابلة والظاهرية[2].

واستدلوا بقوله ﷺ «إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع» وفي رواية «إذا

---

(١) انظر مغني ابن قدامه ٥٨٠/٤، وبدائع الصنائع ٣٤٣٦/٧.

(٢) انظر تكملة المجموع ٤٣٢/١٣، ومغني ابن قدامه ٥٨٢/٣،وكشاف القناع ٣٦٥/٣ وبداية المجتهد ٢٩٩/٢، والتاج المذهب ١٥١/٤.

أحيل أحدكم على مليء فليحتل» وهذا أمر وهو يقتضي الوجوب. ويبدو أن هذا هو الراجح، لأن الحديث صريح في ذلك. فإن كان المحال عليه غير مليء فلا يشترط رضى المحيل.

جـ ـ ما يشترط في المحال عليه

١ ـ يشترط فيه أن يكون أهلاً للتصرف.

٢ ـ ولا يشترط رضاه عند جمهور الفقهاء.

لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه، كالتوكيل في قبضه.

وقال بعض الفقهاء: يعتبر فيه رضاه، لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال، وهذا قول في مذهب الشافعية ونقل ذلك عن الزهري، ومذهب الجمهور هو الراجح فيما يبدو لأن مفهوم الحديث يدل على ذلك.

٣ ـ ويشترط في المحال عليه أن يكون مدينا للمحيل بمثل ما للمحال على المحيل، وهذا مذهب أكثر الفقهاء، لأن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإن أحال على من لا دين له عليه كان كبيع المعدوم فلم تصح[١].

وبناء على القول الذي اخترته من آراء الفقهاء فيشترط رضى المحيل فقط ولا يشترط رضى المحال إذا أحيل على مليء غير مماطل ولا يشترط أيضاً رضى المحال عليه، والله تعالى أعلم.

د ـ ما يشترط في الدينين:

١ ـ يشترط في الدينين أن يكون كل منهما لازماً ومعلوماً. فلا تصح الحوالة بمال مجهول، ولا بمال لم يلزم في الذمة، كبدل الكتابة ونحو ذلك، لأنه ليس بلازم.

---

(١) انظر مصادر الفقهاء السابقة، وقال بعض الفقهاء: إن ذلك ليس بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لأن الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة، انظر مغني ابن قدامة ٥٧٩/٤، وقال بعضهم: تصح الحوالة على من ليس عليه دين إذا رضي المحال عليه، وهذا قول في مذهب الشافعية وظاهر مذهب الحنفية، انظر تكملة المجموع ٤٣٠/١٣، وبدائع الصنائع ٣٤٣٥/٧.

ولا يشترط كونه مستقراً، فتصح الحوالة بالصداق قبل الدخول والموت والأجرة قبل مضي المدة وبالثمن قبل قبض المبيع وكذلك تصح بالثمن في مدة الخيار، لأنه يؤول إلى اللزوم.

وهذا مذهب الحنابلة والشافعية.

واشترط الحنفية والهادوية أن يكون مستقراً فلا تصح الحوالة بالدين قبل استقراره في مذهبهم، لأنه معرض لسقوطه كله أو بعضه إذا لم يكن مستقراً[1].

٢ - ويشترط في الدينين أن يكونا متساويين قدراً وجنساً وصفة: وتصح الحوالة بالدينين المؤجلين، ويشترط أن يكون أجل كل منهما مساوياً للآخر، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

لأن الحوالة عقد إرفاق، كالقرض فلو جوزت مع اختلاف الدينين في القدر أو الجنس أو الصفة أو الأجل لكان المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها[2].

ومن هذا الشرط يتضح أن الحوالة لا تصح إذا كان الدينان غير متماثلين مثل ذهب بفضه، وجعل بعض الفقهاء قاعدة في ذلك فقال: لا تصح الحوالة فيما لا يصح السلم فيه[3]. والخلاف في الحوالة في غير المثليات من المذروعات والمعدودات كالخلاف في جواز السلم والقرض فيها، والظاهر أنه يجوز ذلك إذا لم تتفاوت الأعداد تفاوتا فاحشاً. فتجوز الحوالة وكذلك السلم والقرض في غير المثليات مما تتفاوت أجزاؤه تفاوتاً يسيراً كالثياب والحيوان[4].

وقال بعض الفقهاء: لا تصح الحوالة بالدين المؤجل. لأن ذلك من بيع الدين بالدين، بناء على أن الحوالة بيع، وهذا هو مذهب المالكية[5]. واشترطوا

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٤٣٧/٧، ومغني المحتاج ١٩٤/٢، وكشاف القناع ٣٧٢/٣، والتاج المذهب ١٥١/٤.
(٢) انظر كشاف القناع ٣٧٣/٣.
(٣) انظر مغني ابن قدامه ٥٧٩/٤.
(٤) انظر المراجع السابقة وتكملة المجموع ٤٢٧/١٣.
(٥) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٥.

أيضاً: أن لا يكون الدينان طعاماً، لأن ذلك يكون من بيع الطعام قبل قبضه.

وقد وافق الشافعية المالكية في كون الحوالة بيعاً وليست عقد إرفاق قائماً بذاته، والظاهر أنهم جوزوا ذلك، لأن عموم النهي عن بيع الدين بالدين وبيع الطعام قبل قبضه لم يتناول الحوالة لخروجها بنص خاص استثناها الشارع للحاجة إليها، والله تعالى أعلم[1].

هـ ـ ما يشترط في الصيغة:

١ ـ تصح الحوالة بلفظها، نحو: أحلتك بدينك على فلان أو أنت محال، وتصح بمعناها مثل: أتبعتك بدينك على فلان، ونحو ذلك مما يدل على المقصود[2].

٢ ـ ولا يشترط في صحة الحوالة الإيجاب والقبول وهو القول الذي اخترته من أقوال الفقهاء، من أنه يشترط رضى المحيل فقط، ولا يشترط القبول من المحال ولا من المحال عليه، واشترط الجمهور رضى المحيل والمحال، واشترط الحنفية القبول من المحال والمحال عليه معاً[3].

٣ ـ ويشترط في صيغة عقد الحوالة أن تكون خالية من شرط الخيار، ونقل الاتفاق على ذلك، لأن عقد الحوالة لم ين على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط.

واختلفوا في جواز خيار المجلس فيها على قولين:

أحدهما: أنه لم يدخل فيها، لأنه عقد إرفاق، كالقرض.

ثانيهما: أنه يدخلها، بناء على أنها بيع[4].

---

(١) وفي قول في مذهب الشافعية: أن الحوالة عقد إرفاق وليست بيعاً لأنها مندوب إليها ومرغب فيها وليس كذلك البيع وإنما هو مباح مطلقاً، انظر تكملة المجموع ١٣/٤٣٣.

(٢) انظر كشاف القناع ٣/٢٧١.

(٣) انظر المراجع السابقة وبدائع الصنائع ٧/٣٤٣٥.

(٤) انظر تكملة المجموع ١٣/٤٣٤.

المطلب الثالث

في أحكام تترتب على عقد الحوالة

١ ـ إذا تم عقد الحوالة صحيحاً انتقل الحق المحال به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، إذا كان المحال عليه مليئاً، وليس للمحال أن يرجع إلى المحيل بشيء وكذلك إذا كان معسراً وعلم المحال بإعساره فرضي بالحوالة، فإن كان معسراً ولم يعلم المحال بإعساره رجع إلى المحيل لأنه غره بالحوالة فأحاله على معسر ولم يبين له حاله[١].

وقال بعض الفقهاء: لا يرجع إلى المحيل إلا إذا اشترط يساره فبان معسراً وهذا مذهب الحنابلة وهو قول في مذهب الشافعية.

واستدلوا بقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم»[٢].

وقال بعض الفقهاء: إذا تعذر الاستيفاء من المحال عليه بموت أو جحد أو إفلاس رجع المحال بحقه على المحيل.

وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة[٣]. والظاهر أنه الصواب، لأن ذمة المحيل لا تبرأ إلا إذا أمكن استيفاء الحق من المحال عليه، لأنه إذا لم يرجع إلى المحيل عند تعذر استيفاء الحق من المحال عليه كان ذلك ضرراً على المحال وإزالة الضرر عن الغير واجبة شرعاً، والله تعالى أعلم.

٢ ـ تنتهي الحوالة بالفسخ من المحيل، لأن عقد الحوالة لازم بالنسبة إليه وكذلك المحال في مذهب جمهور الفقهاء، والمحال والمحال عليه في مذهب الحنفية.

---

(١) وهذا مذهب المالكية، انظر بداية المجتهد ٢/٣٠٠، وفي مذهب الشافعية لا يرجع المحال إلى المحيل مطلقاً، سواء جهل بحاله أم علم وإنما تبرأ ذمة المحيل بمجرد وقوع عقد الحوالة الصحيح انظر مغني المحتاج ٢/١٩٥ و١٩٦.

(٢) رواه أبو داود وصححه النووي والألباني، انظر إرواء الغليل ٥/٢٥٠.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٣٤٤٢/٧.

وتنتهي الحوالة أيضاً بتأدية المحال عليه الدين للمحال أو ببراءة المحال والمحال عليه من الدين[1].

٣ ـ ولو اختلف المحيل والمحال، فقال المحيل: لم أحلك وإنما وكلتك فقال المحال: بل أحلتني صدق المحيل بيمينه، لأنه أعرف بإرادته، والأصل بقاء الحق ولو قال أحلتك فقال المحال بل وكلتني صدق المحال بيمينه لأن الأصل بقاء الحق[2].

---

(١) ونحو الشروط التي ذكرتها للحوالة ذكرها قانون المعاملات في المادة ٣٦٧ فقال: ويشترط لصحتها أمور وهي:
١ ـ أن تكون بلفظها أو بالإشارة المفهمة من الأخرس أو أي لفظ يفسد الحوالة عرفاً.
٢ ـ رضا المحال بالحوالة لا المحال عليه فلا يعتبر رضاه.
٣ ـ استقرار الدين على المحال عليه أو رضاه بالحوالة.
٤ ـ أن يكون الدين المحال به معلوماً لهما وللمحيل ويثبت للمحال الخيار.
٥ ـ أن يكون مساوياً لدين المحال جنساً ونوعاً وقدراً وصفة.
٦ ـ أن يكون الدين مما يصح التصرف فيه قبل قبضه، بخلاف المسلم فيه فلا تصح الحوالة به، فمتى كملت هذه برىء المحيل ما تدارج.
٧ ـ لا خيار بعد الحوالة للمحيل والمحال إلا لإعسار المحال عليه أو تأجيل الدين من المحيل أو تغلب من المحال عليه عن القضاء ولو أمكن إجباره إذا جهل المحال هذه الثلاثة أو أحدها حال الإحالة فيكون الخيار على التراضي كخيار العيب.

(٢) انظر مغني المحتاج ١٩٧/٢ و١٩٨.

المبحث السادس
في القرض
وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول
في تعريف القرض وحكمه

أ ـ تعريف القرض:

القرض لغة: القطع، وهو بفتح القاف أشهر من كسرها، ويطلق اسما: بمعنى الشيء المقرض، ومصدراً: بمعنى الإقراض.

ومعناه شرعاً: تمليك الشيء على أن يرد مثله[1].

وعرفه بعض الفقهاء بقوله: هو دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله[2].

وسمي قرضاً: لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله.

ويسميه أهل الحجاز سلفاً.

ب ـ حكمه:

وهو جائز بالنسبة للمقترض، ومندوب بالنسبة للمقرض.

أما الدليل على جوازه في حق المقترض فالسنة والإجماع.

---

(١) انظر مغني المحتاج ١١٧/٢.

(٢) انظر كشاف القناع ٢٩٨/٣.

أما السنة فمنها حديث أبي رافع أن رسول الله ﷺ استلف من رجل بكراً فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً فقال: «اعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء».

ومنها حديث أبي هريرة قال: استقرض رسول الله ﷺ سناً فأعطى سناً فوقه وقال: «خياركم محاسنكم قضاء»[(١)].

وفي رواية قال: أن رجلاً أتى النبي ﷺ يتقاضاه بعيراً قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوه»، فقالوا: لا نجد إلا سناً أفضل من سنه، فقال الرجل: أوفيتني أوفاك الله، فقال رسول الله ﷺ: «أعطوه، فإن من خيار الناس أحسنهم قضاء»[(٢)] ومنها حديث أنس «أن النبي ﷺ رهن درعه بشعير»[(٣)] وأما الدليل على أن القرض مندوب بالنسبة للمقرض فأحاديث كثيرة منها حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة»[(٤)].

ومنهم عموم حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «من فرج عن مسلم كربة من كرب الدنيا فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[(٥)].

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على أن القرض جائز ومندوب إليه[(٦)].

وقد يجب القرض للمضطر، وذلك فيما لو ترتب على عدمه تلف أو ضرر.

---

(١) رواه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم، انظر فتح الباري ٥/٥٨، وشرح النووي ٤/١١٩ و١٢١. والبكر من الإبل: الصغير، والرباعي ما بلغ عمره من الإبل ست سنين، قال العلماء: وينبغي أن يكون القرض للحاجة لأن النبي ﷺ استعاذ من الدين وامتنع عن الصلاة على من عليه دين.

(٢) رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري، انظر المصدرين السابقين.

(٣) رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري، انظر فتح الباري ٥/١٤٠.

(٤) رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف وذكر له الألباني طرقاً أخرى، كثيرة وحسنه، انظر إرواء الغليل ٥/٢٢٥ و٢٢٦ و٢٢٨.

(٥) رواه مسلم في كتاب البر انظر شرح النووي ٤/٢٤٢.

(٦) انظر مغني ابن قدامة ٤/٣٤٦ والمراجع السابقة.

المطلب الثاني

في أركان القرض وشروط أركانه

أركان القرض ثلاثة، وهي: العاقدان، وهما المقرض والمستقرض والقرض، وهو الشيء المقرض من الأثمان والعروض.

والصيغة، وهي الإيجاب والقبول.

أ ـ العاقدان:

يشترط في العاقدين أن يكون كل منهما جائز التصرف في المال، لأنه عقد على المال كالبيع والإجارة وغيرهما[1].

ب ـ القرض وهو المال المقرض:

١ ـ يشترط فيه أن يكون معلوماً، فلا يجوز لأحد أن يقترض دراهم أو دنانير أو طعاماً ونحو ذلك دون علم بكيله أو وزنه أو عده أوصفته، لأن القرض يقتضي رد المثل فإن لم يعلم القدر لم يمكن القضاء.

٢ ـ ويشترط أن يكون مالاً مباحاً منتفعاً به، فلا يجوز قرض ما هو محرم على المقرض أن ينتفع به، لأنه إعانة على فعل الحرام، فلو كان لأحد مال من حرام فلا يجوز لأحد أن يستقرض من ذلك المال الحرام إذا كان معيناً.

٣ ـ أن يكون مما له مثل، كالمكيل والموزون، وجواز قرض كل مكيل وموزون لا خلاف فيه عند الفقهاء[2].

وإنما اختلفوا في غير المكيل والموزون على قولين:

أحدهما: أنه يجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلماً من مكيل وموزون وغير ذلك من الملبوسات والحيوان وجميع العروض، وما لا يثبت في الذمة سلماً

---

(١) انظر مغني المحتاج ١١٨/٢، ومغني ابن قدامة ٣٤٨/٤.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٢٥٠/٢، ونهاية المحتاج ٢٢٠/٤، وحاشية الدسوقي ٢٢٢/٣.

لا يجوز قرضه، كالعقار والدور والجواهر النفيسة التي يندر وجودها ونحو ذلك مما لا يصح السلم فيه لعدم انضباطه بالصفات.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء(١).

واستدلوا بحديث أبي رافع السابق، وفيه أن الرسول ﷺ استلف بكراً، والبكر ليس بمكيل ولا موزون فدل ذلك على أنه يجوز قرض كل ما ينضبط بالصفات ويصح السلم فيه ولو لم يكن مثلياً.

ثانيهما: أنه لا يجوز قرض غير المكيل والموزون، وهذا مذهب الحنفية والهادوية(٢).

لأن القرض يقتضي رد المثل وما لا مثل له لا يمكن رده فلا يجوز قرضه.

والظاهر: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن ما يثبت في الذمة سلماً ويملك بالبيع ويضبط بالوصف جائز قرضه كالمكيل والموزون، وأجاز الظاهرية قرض كل ما يجوز بيعه ويحل تملكه وتمليكه من بهيمة وغيرها(٣).

جـ ـ الصيغة:

وهي الإيجاب، وهو قول المقرض: أقرضتك، أو أسلفتك هذا، أو خذ هذا بمثله، أو ملكتك إياه على أن ترد مثله أو بدله، ونحو ذلك.

ويشترط القبول فيه كسائر المعاوضات، ويشترط في القبول أن يكون موافقاً للإيجاب ومتصلاً به، وغير ذلك مما يشترط في القبول في عقد البيع، واشتراط

(١) انظر المصادر السابقة وكشاف القناع ٣/٣٠٠.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٥/١٦١، والتاج المذهب ٢/٤٨٣. وذكر قانون المعاملات للقرض أربعة شروط فقال في المادة ٥٨١: يشترط لصحة القرض أربعة شروط هي:
١ ـ أن يكون المقرض أهلاً للتصرف.
٢ ـ أن يكون المقرض فيما يجوز بيعه.
٣ ـ أن يبين جنس القرض ونوعه ووصفه.
٤ ـ أن يبين مقدار القرض بمعيار معروف كيلاً أو وزناً أو عداً أو ذراعاً، وبهذا الشرط الرابع يتضح أن القانون أخذ بمذهب الجمهور في جواز القرض فيما يجوز فيه السلم.

(٣) انظر المحلى ٨/٤٦٢.

القبول في عقد القرض هو الأصح عند الفقهاء.

وقال بعضهم: لا يشترط لعقد القرض قبول فينعقد القرض بالإيجاب وحده وهو قول في مذهب الشافعية.

لأن القرض مكرمة وإباحة إتلاف بشرط الضمان، والقول الأول في مذهبهم هو الأصح.

وينعقد القرض بالكتابة والإشارة المفهمة، ونحو ذلك مما يدل على التمليك بعوض من قول صريح أو كناية، فإن كان اللفظ يدل على التمليك من غير عوض كان هبة وليس بقرض، كما لو قال: خذ هذا المال ولم يبين له أنه قرض ولم تدل على ذلك قرينة متقدمة أم متأخرة كان هبة(١).

فإن اقترن عقد القرض بشرط يقتضيه العقد أو يؤكده صح ذلك، مثل أن يشترط الرهن أو الشهود أو الكتابة فهذا صحيح ولا خلاف فيه، وإن اشترط عليه أن يرد أجود من القرض أو أكثر منه أو أن يؤجره داره أو أن يبيع عليه أو أن يهدي له هدية ونحو ذلك من المنافع فلا يجوز ذلك، وقد نقل الإجماع على تحريم ذلك الشرط وبطلانه(٢).

والدليل على ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «لا يحل سلف وبيع» وفي رواية أنه «نهى عن بيع وسلف»(٣).

واستدلوا بحديث علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ قال «كل قرض جر منفعة فهو ربا»(٤).

---

(١) انظر مغني المحتاج ١١٧/٢، وكشاف القناع ٢٩٩/٣.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٣٥٤/٤، وحاشية ضوء النهار ١٣٦٨/٣، ونهاية المحتاج ٢٢٥/٤، والمحلى ٤٦٢/٨، وحاشية ابن عابدين ١٦٦/٥، والقرض فاسد عند الشافعية والظاهرية وفي مذهب الحنفية يفسد الشرط فقط، وأقوى دليل على تحريم القرض إذا جر منفعة هو الإجماع.

(٣) صححه الترمذي وحسنه الألباني، انظر إرواء الغليل ١٤٨/٥، وقد تقدم في حكم البيع بشرط السلف.

(٤) أخرجه البغوي بسند ضعيف وروي عن فضالة بن عبيد موقوفاً عليه، انظر إرواء الغليل ٥/ ٢٣٥، وفي القانون مادة ٥٨٦: لا يجوز أن يجر القرض على المقرض أية منفعة ولا يجوز أن يشترط المقترض إنقاص ما اقترضه ولا يجوز شرط عقد آخر في القرض.

فإن فعل المقترض الزيادة من غير شرط من المقرض جاز أخذها، لما جاء في حديث رافع أن النبي ﷺ أعطى الرجل سناً فوق سنه وقال «إن خير الناس أحسنهم قضاء» ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه.

المطلب الثالث

في أحكام تترتب على عقد القرض

١ ـ من اقترض شيئاً دخل في ملكه بالقبض، وله بيعه وهبته والتصرف فيه كسائر أملاكه، لأن القرض يكون في الذمة فلو لم يدخل في ذمته لوجب عليه رد عينه والمقترض يرد مثله لا عينه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[(١)].

ويرى المالكية: أنه يدخل في ملكه بمجرد العقد ويتم ملكه وإن لم يقبض فإن حصل مانع قبل الحوز لم يبطل بخلاف غيره من عقود الإرفاق كالهبة والصدقة فإنه يملك بالعقد ولكن يكون ملكه ناقصاً فإن حصل مانع للدافع قبل الحوز بطل، وفي قول لهم: إن القرض كغيره من المعروف يكون ملكه بالعقد ناقصاً ولا يتم إلا بالقبض[(٢)].

٢ ـ أن عقد القرض يكون لازماً في حق المقرض وجائزاً في حق المقترض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك، لأنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع.

وهذا مذهب الحنابلة، وبناء على مذهبهم: أن الخيار لا يثبت في عقد القرض، لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره فأشبه الهبة والمقترض متى شاء رد القرض فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له لأنه ليس بلازم بالنسبة له[(٣)].

ويرى الشافعية: أن للمقرض الرجوع في عين ماله ما دام باقياً وأنه ليس

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٣٤٨/٤، ومغني المحتاج ١٢٠/٢.
(٢) انظر حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣.
(٣) انظر مغني ابن قدامة ٣٤٨/٤.

بلازم في الأصح، لأن له طلب بدله عند فقده فالمطالبة بعينه أولى، لأنه أقرب منه ويلزم المقترض رده[1].

والظاهر أن مذهب الحنابلة هو الراجح، لأن للمقترض أن يؤدي حقه من موضع آخر كسائر الديون.

٣ ـ للمقرض مطالبة المقترض بدينه متى شاء ولو إثر إقراضه إياه إذا كان حالاً، فإن كان مؤجلاً لم يلزم رده إلا إذا انتهى الأجل المضروب له، ويرى المالكية: أنه لم يلزم رد القرض قبل أن ينتفع به المقترض عادة أمثاله ما لم يشترط المقرض عليه رده متى طلبه أو كان للقرض أجل مضروب.

٤ ـ يجب رد المثل في المكيل والموزون، ولا خلاف في ذلك عند الفقهاء.

واختلفوا في غير المكيل والموزون، فقال بعضهم: يجب رد قيمته يوم القرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال الإتلاف والغصب.

وقال بعضهم: يجب رد مثله، لأن النبي ﷺ استلف من رجل بكراً ورد مثله[2].

والظاهر: أن القول الثاني هو الراجح، لأنه لا تجب القيمة إلا عند تعذر رد المثل.

٥ ـ وإذا أحضر المقترض القرض في محله وجب على المقرض قبوله لأنه أتاه بحقه سواء كان عليه في قبضه ضرر أم لا، ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله سواء تغير سعره أم لم يتغير، وإن أقرضه فلوساً فتغيرت عملتها لزم رد قيمتها يوم أخذها، وبهذا قال بعض الفقهاء.

وقال كثير منهم: ليس له إلا مثلها، لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها فيجري مجرى نقص سعرها.

---

(١) انظر مغني المحتاج ٢/١٢٠.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٣٥٢/٤. ونصت المادة ٥٨٤ من قانون المعاملات على أنه إذا تعذر رد المثل لزمت المستقرض قيمته في المثلى يوم تعذره وفي القيمة يوم القبض.

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأن بطلان المعاملة بها من قبل الدولة يكون مثل إتلافها فتجب قيمتها يوم إبطال المعاملة بها[(١)].

٦ ـ يحرم على المقرض قبول الهدية من المقترض لأنه مدين فيؤول إلى سلف جر نفعاً، وهو منهي عنه، هذا إن قصد المدين أن يؤخره بدينه أو نحو ذلك من الأغراض، فإن قصد ذلك حرم على الآخذ والدافع، لأنه يؤول للسلف بزيادة وهو ربا فإن لم يقصد بالهدية مكافأة المقرض على القرض وإنما قصد الإكرام أو جرى بينه وبين المقرض عادة بها قبل القرض فلا بأس بها، لأن الهدية تجلب المحبة[(٢)].

ويدل على ذلك حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال «تهادوا تحابوا وتصافحوا يذهب الغل عنكم»[(٣)].

وعن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال «تهادوا تزدادوا حباً وهاجروا تورثوا أبناءكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم»[(٤)].

وأجاز الظاهرية الهدية مطلقاً ولم يعتبروا النية في ذلك[(٥)].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٤/١٦٠.

(٢) انظر حاشية الدسوقي ٣/٢٢٤ ومغني ابن قدامة ٤/٢٥٥.

(٣) رواه النسائي وابن عساكر ورمز له السيوطي بالحسن وقال العراقي: والسند جيد وقال ابن حجر: سنده حسن، انظر فيض القدير شرح الجامع الصغير ٣/٢٧١.

(٤) رواه ابن عساكر في تاريخه ورمز له السيوطي بالحسن، وقال ابن حجر: في إسناده نظر، انظر المرجع السابق.

(٥) انظر المحلى ٨/٤٧٧.

وأخذ القانون بمذهب الظاهرية في جواز الهدية مطلقاً إذا لم تكن مشروطة في العقد، فقال في المادة ٥٨٧: يجوز بعد الوفاء وبغير شرط في العقد الإهداء للمقرض كما يجوز بغير شرط الوفاء بخير من القرض. وأجاز القانون حط شيء من الدين لأجل تعجيل الباقي فقال في المادة ٥٨٩: يجوز لمن له دين في ذمة شخص آخر منظور إلى أجل أن يستعجل الأداء قبل حلول الأجل وله أن يحط جزءاً من الدين في سبيل ذلك وتجوز السفتجة عند الفقهاء، وذكر ذلك القانون في المادة ٥٩٠ فقال: السفتجة «الكمبيالة» وهي أن يأذن شخص عنده مال لصاحب المال بأن يقترض من هذا المال ويوفي القرض بحوالة صحيحة على مال في بلد آخر وحكمها أن مقبض السفتجة وهو من عنده المال أمين على ما قبضه ضمين فيما استهلكه.

المبحث السابع في الشفعة
وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول
في تعريفها وحكمها

أ ـ تعريف الشفعة:

لغة: بضم الشين وإسكان الفاء، وحكي ضمها، مأخوذة من الشفع بمعنى الضم من شفعت الشيء ضممته ومنه شفع الأذان، وسميت بذلك: لضم نصيب الشريك إلى نصيبه، أو بمعنى التقوية أو الزيادة، وقيل من الشفاعة[1].

ومعناها شرعاً: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه[2].

وعرفها بعضهم بقوله: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[3].

ب ـ حكمها:

وهي ثابتة بالسنة والإجماع.

أما السنة فمنها حديث جابر بن عبد الله قال «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[4].

---

(١) انظر مغني المحتاج ٢/٢٩٦.
(٢) انظر كشاف القناع ٤/١٤٩.
(٣) انظر مغني المحتاج ٢/٢٩٦.
(٤) رواه البخاري وأحمد، انظر فتح الباري ٤/٤٣٦، ونيل الأوطار ٥/٣٧٢.

ومنها حديث أبي رافع قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول الجار أحق بسقبه»[1].

والسقب: القرب والملاصقة، والمعنى: الجار أحق بحق جاره من غيره ممن ليس بجار.

وأما الإجماع فقد نقل على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[2].

وإنما اختلفوا في إثبات الشفعة في غير المشاع، وسأفصل آراء الفقهاء في ذلك وأدلتهم في محله إن شاء الله تعالى.

والحكمة من إثبات الشفعة للشريك: هو دفع الضرر المتوقع من الشريك الجديد الذي لا تؤمن عواقبه بسبب مجاورته لما قد يكون عليه من طبع غليظ أو رداءة خلق.

المطلب الثاني

في الشروط التي تشترط لثبوت الشفعة

وقد اشترط الفقهاء في الجملة شروطاً لثبوت الشفعة وفي تفصيلها خلاف عندهم وبيانها فيما يأتي:

١ ـ أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم:

الشفعة في المشاع ثابتة بالإجماع، وإنما اختلفوا فيها في غير المشاع.

يرى جمهور الفقهاء: أن الشفعة لا تثبت إلا في المشاع فلا تثبت للجار غير المشارك[3].

---

(١) رواه البخاري انظر فتح الباري ٤/٤٣٧، والسقب: بفتح السين والقاف ويجوز إسكان القاف، وقد يبدل السين بالصاد فيقال الصقب. وهو القرب والملاصقة، وقال بعضهم: بأن المراد به الشريك.

(٢) انظر المصادر السابقة وتكملة فتح القدير ٩/٣٦٨، وبداية المجتهد ٢/٢٥٦.

(٣) انظر نهاية المحتاج ٥/١٩٦، ومغني ابن قدامة ٥/٣٠٨، ونيل الأوطار ٥/٣٧٢.

واستدلوا بحديث جابر «أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».

وبحديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال «إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها»[(١)].

ففي هذين الحديثين تصريح بأن الشفعة لا تثبت إلا في المشاع ولا تثبت للجار.

ويرى الحنفية والهادوية: أن الشفعة تثبت للجار[(٢)].

واستدلوا بحديث أبي رافع أن النبي ﷺ قال «الجار أحق بسقبه» وبحديث جابر قال: قال النبي ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره ينظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»[(٣)].

وبحديث سمرة عن النبي ﷺ قال «جار الدار أحق بالدار من غيره»[(٤)].

وأجابوا عن حديث جابر أن قوله «إذا وقعت الحدود» مدرج من قوله ورد على ذلك بأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج وحديث أبي هريرة صريح في عدم الإدراج، وأما حديث أبي رافع فإن المراد بالجار فيه المشارك، كما يقال لامرأة الرجل جارة لما بينهما من المخالطة، وكذلك يقال في حديث جابر وحديث سمرة.

وإذا كانت الحكمة من الشفعة هي إزالة الضرر عن الشريك المتوقع من الشريك الداخل، لأنه قد يطالب بالقسمة فتنقص قيمة ملكه بسبب ما يحتاج إليه من إحداث مرافق ونحو ذلك وهذا لا يوجد في المقسوم[(٥)].

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه ورجال إسناده ثقات، انظر نيل الأوطار ٣٧٢/٥.

(٢) انظر تكملة فتح القدير ٣٦٩/٩، وضوء النهار ١٤١٥/٣.

(٣) رواه الخمسة إلا النسائي وحسنه الترمذي، انظر نيل الأوطار ٣٧٧/٥.

(٤) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وصححه الألباني. انظر المراجع السابقة وإرواء الغليل ٣٧٧/٥.

(٥) انظر فتح الباري ٤٣٨/٤، وتثبت الشفعة في قانون المعاملات للشريك بأي نوع من أنواع الشركة ولو كان الاشتراك في مرافق العقار، فقال في المادة ١١٤٦: سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة ـ خلطة ـ في أصلها أو في حق من حقوقها.

٢ ـ أن يكون المبيع غير منقول، وذلك كأرض أو دار:

وكذلك تثبت الشفعة فيما يدخل في البيع بعقد البيع، كالبناء والغراس ونحو ذلك مما هو متصل بالأرض أو العقار، لأنه يدخل في العقد وإن لم يذكر فتثبت فيه الشفعة كأصله، لعموم حديث جابر.

ولا أعلم في ذلك خلافاً.

واختلفوا فيما لا يدخل في البيع في عقد البيع إذا بيع مع الأرض أو العقار فهل تثبت فيه الشفعة تبعاً للمبيع أو لا؟

يرى الحنابلة والشافعية: أن الشفعة لا تثبت في ذلك، لأن ما لا يدخل في البيع كالثمر والزرع لا يكون تبعاً للمبيع في العادة كقماش الدار(١).

وقال بعض الفقهاء: تثبت فيه الشفعة، لأنه متصل بالمبيع فيكون تبعاً له كالغراس والبناء، وهذا مذهب الحنفية وهو قول في مذهب المالكية(٢).

والظاهر أن حكم ذلك كبيع المنقول المستقل، لأن ما لا يدخل في البيع في عقد البيع يكون حكمه كالمبيع المستقل، لأنه لو لم يذكر في صيغة العقد لم يدخل في المبيع.

واختلف الفقهاء أيضاً في ثبوت الشفعة في المبيع المنقول، كالثياب والسفن والحجارة والزرع والثمر ونحو ذلك مما لم يكن متصلاً بالأرض أو العقار.

يرى جمهور الفقهاء: أنه لا شفعة في المنقولات، لأن الدليل على ثبوت الشفعة لا يتناول المنقولات بدليل قوله في حديث جابر «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق» فالمراد غير المنقولات، كالأرض والعقار. ولأن المنقول لا يدوم

= وقال في المادة ١١٤٧: تستحق الشفعة لأصحابها على الترتيب التالي:

١ ـ الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين.

٢ ـ الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه.

٣ ـ الشريك المخالط على الشيوع في الطريق والظاهر أن هذا هو الصواب لعموم حديث جابر.

(١) انظر مغني ابن قدامة ٣١١/٥، ونهاية المحتاج ١٩٤/٥.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٢١٧/٦، ومغني ابن قدامة ٢١١/٥.

بخلاف العقار فإن ضرر المشاركة فيه أبدي[1].

وقال بعض الفقهاء أن الشفعة تثبت في المنقولات ولو كان شيئاً واحداً لم يقسم، وهذا قول في مذهب المالكية ونقل ذلك عن أحمد وغيره[2].

واستدلوا بعموم حديث جابر وغيره بأن الرسول ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر، وحصول الشركة فيما لم يقسم أبلغ منه فيما يقسم.

والظاهر أن القول بثبوت الشفعة في المنقولات، ولو لم تقسم هو الراجح. لعموم الأدلة.

٣ ـ أن يكون المبيع مما يمكن قسمته:

فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى والطريق الضيقة فلا شفعة فيه.

وهذا مذهب الشافعية ورواية عن الإمام أحمد.

لأن إثبات الشفعة في ذلك يضر بالبائع، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها.

ويرى بعض الفقهاء: أن الشفعة تثبت في غير المنقول مطلقاً سواء انقسم أم لم ينقسم.

وهذا مذهب الحنفية والهادوية وهو قول في مذهب المالكية والحنابلة[3].

---

(١) انظر المراجع السابقة وبدائع الصنائع ٢٧٠٠/٦.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٣١١/٥، والمنتقى شرح الموطأ ٢٠١/٦، وبداية المجتهد ٢٥٨/٢، ويظهر من نص القانون أنه أخذ بمذهب المالكية في هذه المسألة فقال في المادة ١١٤٥ الشفعة: هي حق تملك عين ولو جبراً ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية منقولة أو غير منقولة بما عليها من العوض والمؤن.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٣١٣/٥، وحاشية الدسوقي ٤٧٦/٣، وبدائع الصنائع ٢٧٠٠/٦، والتاج المذهب ٤/٣.

واستدلوا بعموم حديث جابر وغيره، ولأن الشفعة وجبت لدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها على السواء.

والظاهر أن القول بثبوت الشفعة مطلقاً هو الراجح، لعموم الأدلة.

٤ ـ أن يكون الملك منتقلاً بعوض:

فإن انتقل بغير عوض، كالهبة والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه، وهذا قول عامة أهل العلم.

لأن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بمثل السبب الذي انتقل به الملك ولا يمكن ذلك في المنتقل بغير عوض، لأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه وفي غيره يأخذه بقيمته.

وهناك قول شاذ نقل عن ابن أبي ليلى وغيره بأن الشفعة تثبت في كل شقص انتقل ملكه إلى آخر سواء كان بعوض أم بغيره لأن الضرر يلحق بالشريك كيف ما كان انتقال الملك.

وتثبت الشفعة إذا كان الملك منتقلاً بعوض مطلقاً، سواء كان العوض مالاً أم ليس بمال، كالمهر وبدل الخلع، وهذا مذهب الشافعية والمالكية.

واستدلوا بالقياس على البيع بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر.

ولا تجب الشفعة عند جمهور الفقهاء، إلا إذا انتقل الملك بعوض مالي فلا تجب إذا كان العوض غير مال، كبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم أو أرش جناية، لأن النص ورد في البيع، ولأن الشقص انتقل ملكه بغير مال فأشبه الموهوب والموروث[1].

---

(١) انظر المصادر السابقة والمنتقى للباجي ٢٠٧/٦، وبداية المجتهد ٢٥٨/٢، ويظهر من نص القانون أنه أخذ بمذهب الشافعية والمالكية فقال في المادة ١١٥٠: ولا تصح بميراث أو إقرار أو قسمة أو وصية أو هبة بغير عوض.

والظاهر: أن ثبوت الشفعة بكل عقد معاوضة صحيح سواء كان العوض مالياً أم لا، هو الراجح، لأن العوض يقوم ويؤخذ بقيمته.

٥ ـ أن يكون العقد صحيحاً، فلا تجب الشفعة في عقد فاسد ولا باطل لأن للبائع حق النقض والرد إلى ملكه رداً للفساد، وفي إيجاب الشفعة تقرير للفساد[١].

٦ ـ أن يكون العقد خالياً من شرط الخيار، فلا تثبت الشفعة في بيع الخيار سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[٢].

ووافق الحنفية في ذلك فيما إذا كان الخيار للبائع وحده أو للبائع والمشتري معاً، أما إذا كان للمشتري وحده فقالوا: تجب الشفعة للشفيع، لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع[٣].

وقال بعض الفقهاء: تثبت الشفعة في مدة الخيار كما تثبت بعد انقضائه.

والظاهر: أن القول بعدم ثبوت الشفعة قبل انقضاء مدة الخيار هو الراجح؟ لأن الملك في زمن الخيار لم ينتقل، حتى ولو كان الخيار للمشتري وحده، لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن.

٧ ـ أن يطالب الشفيع بالشفعة وقت علمه بالبيع على الفور، فإن لم يطالب بها ساعة علمه بالبيع بطلت.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٤].

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٢٧٠٢/٦.

(٢) انظر كشاف القناع ١٨١/٤، ومغني ابن قدامة ٣١٨/٥، حتى أن بعضهم قال: لا يثبت خيار المجلس.

(٣) وهذا قول في مذهب الشافعية. انظر تكملة فتح القدير ٤٠٧/٩، ومغني المحتاج ٢٩٩/٢.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٢٧١٠/٦، ومغني ابن قدامة ٣٢٤/٥ وكشاف القناع ١٥٨/٤. وبنحو الشرط الخامس والسابع ذكر القانون في المادة ١١٥١: أنه تثبت الشفعة بالعقد الصحيح ويستحقها الشفيع بالطلب الصحيح ويملكها بالتسليم تطوعاً أو بالحكم بها.

واستدلوا بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال «الشفعة كحل العقال»[1].

ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب.

وقال بعض الفقهاء: أن طلب الشفعة على التراخي. ولا تسقط ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على الرضى، وهذا مذهب المالكية وهو قول الشافعي القديم ورواية عن الإمام أحمد[2].

لأنه حق لا يسقط بالإسقاط ولا يضر في طلبه التراخي كحق القصاص.

وعلم الشفيع بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه أو بإخبار غيره له ولا يشترط في خبر المخبر عدد ولا عدالة فيحصل العلم بخبر من لا تقبل شهادته إذا دلت قرينة على صدقه.

فإن قال: لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته، كرجلين عدلين أو رجل وامرأتين بطلت شفعته، لأن قولهما حجة.

وقال بعض الفقهاء: لا يشترط في المخبر العدد ولا العدالة مطلقاً، فلو أخبره رجل أو امرأة أو حر أو عبد أو صبي ولو كان المخبر فاسقاً ثبتت الشفعة بقوله، وهذا قول محمد بن الحسن وأبي يوسف وأكثر فقهاء الحنابلة[3].

لأن هذا خبر وليس بشهادة.

والذي يظهر لي في هذه المسألة: أن طلب الشفعة يعتبر مثل خيار المجلس، فإن علم فله بعد ذلك النظر والتأمل من حيث الطلب وعدمه ما دام في المجلس، فإن تشاغل بما يدل على الإعراض عن الشفعة أو قام من المجلس الذي حصل له العلم فيه بطلت شفعته، فإن علم بالشفعة وأخر الطلب لعذر إما لحبس أو لمرض أو لغيبة فهو على شفعته وإن طالت غيبته، لأنه معذور[4].

---

(١) رواه ابن ماجه وغيره وهو ضعيف جداً، انظر إرواء الغليل ٣٧٩/٥.

(٢) انظر حاشية الدسوقي ٤٨٨/٣، وتكملة المجموع ١٤٥/١٤.

(٣) انظر المصادر السابقة وكشاف القناع ١٦٠/٤.

(٤) وبهذا المعنى نصت المادة من قانون المعاملات ١١٦٤ على أنه يلزم الشفيع الحاضر مجلس العقد أن يطلب الشفعة في المجلس ما لم يكن له عذر مقبول ويلزم الشفيع الغائب عن مجلس العقد أن يطلب الشفعة في مجلس علمه بالعقد ما لم يكن له عذر مقبول.

وهل يجب عليه الإشهاد أو التوكيل لطلب الشفعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك.

قال بعضهم: يجب عليه الإشهاد، فإن لم يشهد فليوكل إن أمكنه التوكيل فإن أمكنه الإشهاد على الطلب أو التوكيل فلم يفعل سقطت شفعته.

وقال بعضهم: لا يحتاج لذلك، لأنه ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك العذر فقبل قوله فيه(١).

والظاهر: أن ترك الإشهاد أو التوكيل على الطلب مع القدرة عليه مسقط للشفعة، كترك الطلب مع حضوره.

٨ ـ أن يكون الشفيع قادراً على ثمن المبيع المشفوع فيه. لإنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشتري قبوله، لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال(٢).

وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن، فإن كان موجوداً سلمه، وان تعذر في الحال يمهل إلى ثلاثة أيام(٣).

وقال بعض الفقهاء: لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي بها القاضي حتى يحضر الثمن(٤).

ولا يصح أن يصالحه المشتري على ترك الشفعة بعوض فإن فعل بطلت ورد العوض(٥).

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٣٣١/٥، وتكملة المجموع ١٦٠/١٤.

(٢) انظر تكملة المجموع ١٤٢/١٤، ومغني ابن قدامة ٣٥١/٥، وكشاف القناع ١٧٧/٤.

(٣) وفي قول في مذهب الحنابلة أنه يمهل يوماً أو يومين فقط، انظر مغني ابن قدامة ٣٥١/٥.

(٤) وهذا ظاهر مذهب الحنفية. انظر حاشية ابن عابدين ٢٢٧/٦، ومغني ابن قدامة ٢٥٢/٥.

(٥) ولا أعلم خلافاً في ذلك عند الفقهاء، انظر تكملة فتح القدير ٤١٤/٩، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٧١٩، ومغني ابن قدامة ٥٥١/٤، وتبطل الشفعة ويستحق الشفيع العوض في القانون فقال في المادة ١١٦١: إذا صالح الشفيع المشتري عن الشفعة على عوض بطلت الشفعة ويستحق العوض.

ولو اشترى بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء انتظر مضيّ الأجل فأخذ عند ذلك، وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع[1].

وأجاز بعض الفقهاء الأخذ بالأجل إن كان مؤجلاً إذا كان الشفيع مليئاً أو يأتي بكفيل، دفعاً لضرر المشتري[2].

٩ ـ أن يأخذ الشريك جميع الشقص المبيع، فإن طلب البعض من المبيع سقطت الشفعة، دفعاً للضرر عن المشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، فإن عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص فإنه لا يتبعض.

وإن كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم الشفعة فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر[3].

ونقل الاتفاق على ذلك[4].

وان كان للشقص شفعاء وطلبوا الشفعة قسم بينهم على قدر أملاكهم وهذا مذهب المالكية وهو المشهور في مذهب الشافعية والحنابلة[5].

لأنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة.

وقال بعض الفقهاء: أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم.

---

(١) انظر مغني المحتاج ٣٠١/٢، وبدائع الصنائع ٢٧٣٤/٦، وحاشية الدسوقي ٤٧٨/٣.

(٢) انظر كشاف القناع ١٧٩/٤.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٣٦٦/٥، وحاشية الدسوقي ٤٨٦/٣، وتكملة المجموع ١٥٨/١٤.
ونص القانون على أن الشفعة لا تقبل التجزئة فيلزم الشفيع طلب الشفعة في العين المشفوعة كلها إلا إذا تعددت العين المشفوعة وقام سبب الشفعة بواحد من أفرادها أو تعدد المشترون فيجوز للشفيع طلب الشفعة فيما قام به سببها في الحالة الأولى وطلب نصيب المشترين في الحالة الثانية. انظر المادة ١١٦٧.

(٤) ونقل عن بعض الفقهاء: أن للشريك أخذ الجميع، انظر تكملة المجموع ١٥٨/١٤.

(٥) انظر حاشية الدسوقي ٤٩٢/٣، ومغني ابن قدامة ٣٦٣/٥، وتكملة المجموع ١٥٨/١٤.

وهذا مذهب الحنفية والهادوية وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة[1]. لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع فإذا اجتمعوا تساووا كما لو تساووا في الملك.

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأن القسمة تكون على قدر السهام لا على الرؤوس، كالوارثين وأصحاب الديون والوصايا، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث

في أحكام تتعلق بالشفعة

١ ـ أن يأخذ الشفيع المبيع بمثل ثمنه إن كان مثلياً ووجد المثل فإن تعذر المثل فبقيمته، والمعتبر قيمته وقت العقد، فإن زادت قيمته أو نقصت لم يلتفت إلى شيء من ذلك[2].

٢ ـ يكون الأخذ بالشفعة بتسليم المشتري برضاه أو بقضاء القاضي، فإن رضي المشتري بالتملك بالشفعة فلا يحتاج المتملك إلى حكم الحاكم، لأن إيقاف الأخذ بالشفعة على حكم الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري، لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحكم لبعده[3].

٣ ـ يحرم على المشتري أن يتصرف في المبيع بعد طلب الشفيع بالشفعة ولا يصح تصرفه بعد الطلب، لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب، ويصح تصرفه قبل الطلب، فإن باعه قبل الطلب صح بيعه وللشفيع أن يأخذ بأي الثمنين شاء[4].

٤ ـ إذا مات الشفيع قبل أن يطالب بالشفعة فليس للوارث الحق بالمطالبة بها، فإن مات بعد أن طالب بها انتقل حق المطالبة إلى الورثة، وهذا قول أكثر

---

(١) انظر المصادر السابقة.
(٢) انظر مغني المحتاج ٢/٣٠١.
(٣) انظر كشاف القناع ٤/١٧٧، وبدائع الصنائع ٦/٢٧٢٤.
(٤) انظر كشاف القناع ٤/١٧٠.

الحنابلة وبه قال جماعة من فقهاء التابعين(١).

وقال بعض الفقهاء: إذا مات الشفيع قبل العفو انتقل حقه من الشفعة إلى الورثة مطلقاً، سواء طالب بها قبل موته أم لا.

وهذا مذهب الشافعية والمالكية والهادوية(٢).

لأنه قبض استحق بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع.

وقال بعضهم: أن الشفعة لا تورث مطلقاً، وهذا مذهب الحنفية(٣). لأن طلب الشفعة مشيئة وإرادة ولا يورث أحد في مشيئته ورغبته.

والظاهر: أن القول الثاني هو الراجح، وهو أن الشفيع إذا مات قبل أن يتمكن من الطلب ينتقل حق المطالبة إلى الورثة، لأنه حق يتعلق بالمال فيكون حكمه كحكم المال المورث، والله تعالى أعلم.

٥ ـ تثبت الشفعة للكافر على المسلم عند جمهور الفقهاء(٤).

واستدلوا بعموم حديث جابر أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به(٥).

وقال بعض الفقهاء: لا شفعة لكافر على مسلم، وهذا قول في مذهب

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٣٧٥/٥.

(٢) انظر تكملة المجموع ١٧٦/١٤، وبداية المجتهد ٢٦٣/٢، والتاج المذهب ٣٧/٣. ويشترط أن لا يمكنه الطلب قبل موته.

(٣) انظر حاشية ابن عابدين ٢٤١/٦. وأخذ القانون بمذهب الشافعية والمالكية فقال في المادة ١١٥٠: لا تبطل الشفعة بموت المشفوع عنه مطلقاً ولا بموت الشفيع بعد الطلب أو قبل العلم بالبيع أو بعده قبل التمكن من طلب الشفعة وتورث الشفعة في هذه الأحوال ويلزم طلب كل الورثة أو أحدهم بالوكالة.

(٤) انظر تكملة المجموع ١٤٢/١٤، ومغني ابن قدامة ٣٨٧/٥.

(٥) رواه مسلم وغيره انظر إرواء الغليل ٣٧٣/٥.

الحنابلة. واستدلوا بحديث أنس أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لنصراني»[(١)].

والظاهر أن مذهب الجمهور هو الراجح، وما استدل به الحنابلة ضعيف لا يحتج به.

٦ ـ لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة، فإن فعل لم تسقط. ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن بخلافه[(٢)].

وقال الحنفية: ليست الحيلة بمسقطة للشفعة شرعاً ولكنها مانعة من الأخذ بالشفعة عادة، وذكروا أمثلة لذلك منها: أن يبيع الشقص بأكثر من ثمنه ومنها: أن يهب البائع بعض المبيع ويسلمه له ثم يبيع له البعض الآخر، لأجل أن يسقط جاره من الشفعة[(٣)].

٧ ـ فإن اختلف الشفيع والمشتري في جنس الثمن أو قدره أو في صفته فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه أعرف بالثمن، ولأنه منكر والمنكر عليه اليمين.

وإن اختلفا في صفة البيع من حيث البتات أو الخيار أو الصحة أو الفساد فالقول قول البائع والمشتري وعلى الشفيع البينة فيما يدعيه[(٤)].

٨ ـ تثبت الشفعة بالمناقلة كما تثبت بالبيع، لأنها تمليك عين بعوض كالبيع[(٥)].

(١) أخرجه البيهقي وغيره وهو منكر، وصح موقوفاً، انظر إرواء الغليل ٣٧٤/٥.
(٢) انظر مغني ابن قدامة ٣٥٣/٥.
(٣) انظر بدائع الصنائع ٣٧٥٠/٦.
(٤) انظر بدائع الصنائع ٢٧٤٢/٦ و٢٧٤٨، وتكملة المجموع ١٧٩/١٤، ومغني ابن قدامة ٣٥٥/٥.
(٥) انظر حاشية الدسوقي ٤٧٦/٣، والتاج المذهب ٥/٣، وقيدها الهادوية بقولهم: إن كانت بلفظ البيع أو جرى عرف بأنها تفيد التمليك.

المبحث الثامن

في الوكالة

وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

في تعريف الوكالة وحكمها

أ ـ تعريف الوكالة:

الوكالة لغة: التفويض، يقال: وكلت أمري إلى الله أي فوضته إليه واكتفيت به، ومنه قوله تعالى ﴿**وعلى الله فليتوكل المؤمنون**﴾[1] أي فليعتمدوا عليه ويفوضوا أمرهم إليه.

وقد تطلق ويراد بها الحفظ، ومنه قوله تعالى ﴿**وما أنت عليهم بوكيل**﴾[2] أي حفيظ.

وفي اصطلاح الفقهاء: هي استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة[3].

وعرفها بعضهم بقوله: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته[4].

---

(١) سورة إبراهيم، آية ١١.

(٢) سورة الأنعام، آية ١٠٧.

(٣) انظر كشاف القناع ٤٤٩/٣.

(٤) انظر مغني المحتاج ٢١٧/٢.

ب ـ حكم الوكالة:

وهي جائزة، والدليل على جوازها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها**﴾(١) فيجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين.

وقوله تعالى ﴿**فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه**﴾(٢).

وأما السنة فمنها حديث عروة بن الجعد البارقي أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعة، وكان لو اشترى التراب لربح فيه(٣).

ومنها حديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشترى فأربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ، فقال: «ضح بالشاة وتصدق بالدينار»(٤) وهناك أيضاً أدلة أخرى ثابتة عن النبي ﷺ في جواز الوكالة.

وأما الإجماع، فلم يوجد أحد يخالف في جوازها في الجملة، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها(٥).

---

(١) سورة التوبة، آية ٦٠.

(٢) سورة الكهف، آية ١٩.

(٣) رواه البخاري وأحمد وأبو داود، انظر نيل الأوطار ٣٠٤/٥.

(٤) رواه الترمذي وفيه ضعف، انظر المصدر السابق.

(٥) انظر مغني ابن قدامة ٨٧/٥، وحاشية ابن عابدين ٥٠٩/٥، وبداية المجتهد ٣٠١/٢، ومما استدل به الفقهاء على مشروعية الوكالة حديث أبي هريرة في توكيل النبي ﷺ لرجم ماعز رواه البخاري وغيره. انظر فتح الباري ٤٩١/٤، وكذلك توكيله أبا رافع في قبول نكاح ميمونة وهو مرسل وتوكليه عمرو بن أميّة في قبول نكاح أم حبيبة ضعيف، انظر إرواء الغليل ٢٨٢/٥.

المطلب الثاني

في أركان الوكالة وشروط أركانها

فأركانها أربعة، وهي: صيغة، ووكيل وموكل وموكل به.

١ ـ ما يشترط في الصيغة، وهي الإيجاب والقبول.

يشترط في الإيجاب وهو الكلام الصادر من الموكل أن يكون بلفظ التوكيل أو ما في معناه مما يفيد رضاه نحو: وكلتك في كذا أو فوضته إليك أو أنت وكيلي فيه أو أقمتك مقامي أو أنبتك.

ولا يشترط في القبول أن يكون لفظاً فيكفي فيه الفعل، لأن التوكيل إباحة ورفع حجر(١).

ولا يشترط في القبول أيضاً أن يكون على الفور، فلو وكَّله أن يبيع شيئا فباعه بعد سنة أو بلغة أنه وكله منذ شهر فقال: قبلت، صح ذلك لأنه أذن في التصرف والإذن قائم مالم يرجع عنه(٢).

ولا يصح تعليق الوكالة بشرط لا يقتضيه العقد، كقوله: إن قدم زيد أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك بكذا، وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية(٣).

وهناك قول لهم: أنه يصح ذلك، كالوصية وهو مذهب الحنابلة(٤).

---

(١) انظر مغني المحتاج ٢/٢٢٢، ويشترط في القبول في مذهب الحنفية أن يكون باللفظ انظر بدائع الصنائع ٧/٣٤٤٥.

(٢) انظر كشاف القناع ٣/٤٥٠، ونصت المادة في القانون ٨٨٠ على أن الوكالة تقع بما يدل عليها كلفظها أو بأمر أو بإذن أو بلفظ الوصية حال الحياة وتتم بالكتابة أو بالرسالة أو بالإشارة المفهمة من العاجز كالأخرس ونحوه.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢/٢٢٣.

(٤) انظر كشاف القناع ٣/٤٥٠، وأخذ به القانون كما جاء ذلك في المادة ٨٨٠.

٢ ـ ما يشترط في الموكل.

يشترط فيه أن يكون نافذ التصرف فيما وكل فيه بملك أو ولاية. فلا يصح التوكيل من صبي ولا مجنون، لأنه لا يصح أن يباشر ما وكل فيه بنفسه وهكذا كل من لا يصح له أن يباشر شيئاً بنفسه لا يصح له أن يوكل فيه، كالبيع مثلاً، فلا يصح أن يوكل فيه أحداً إذا كان لا يصح أن يباشره بنفسه، كالصبي والمجنون والمحجور عليه.

وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان فيما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً أو امرأة.

فلا يصح توكيل المرأة في عقد النكاح، بناء على أنها لا تباشره بنفسها ولا يصح توكيل السفيه في البيع ونحوه بناء على أنه لا يصح أن يباشره بنفسه فلا يملك أن يملك غيره ذلك.

ومن لا يملك التصرف إلا بالإذن، كالوكيل والعبد المأذون فلا يصح أن يكون وكيلاً إلا بالإذن.

ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها، وإن كان لا يصح أن تباشره بنفسها، ولكن لما كان حقاً خاصاً بالرجل انتقل هذا الحق إليها لأنه ملكها إياه فجاز ذلك استثناء من القاعدة التي ذكرها الفقهاء، وهي أن كل شيء لا يصح أن يباشره الإنسان بنفسه لا يصح أن يكون نائباً فيه عن غيره من باب أولى(١).

٣ ـ ما يشترط في الوكيل:

يشترط فيه أن يكون جائز التصرف في المال لأن من لا يصح له أن يتصرف في شيء لنفسه لا يصح أن ينوب فيه عن غيره.

والخلاف في توكيل الصبي المميز المأذون له بالوكالة كالخلاف في

(١) انظر مغني ابن قدامة ٨٨/٥، ومغني المحتاج ٢١٨/٢، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٦.

جواز تصرفه في البيع ونحوه فأجاز ذلك الحنفية والحنابلة ومنعه الشافعية[١].

وبالجملة: فإنه يشترط في الوكيل ما يشترط في الموكل، فكل ما يجوز للموكل أن يعمله بنفسه أو ينيب فيه غيره جاز أن يكون فيه وكيلاً.

هذا بالجملة، وسيأتي بيان ما تصح فيه النيابة وما لا تصح فيه فيما يشترط في الموكل فيه.

ويشترط في الوكيل أيضاً أن يكون معيناً فلو قال الوكيل: وكلت أحد هذين الرجلين لم تصح الوكالة، للجهالة بالوكيل[٢].

٤ ـ ما يشترط في الموكل فيه.

١ ـ يشترط فيه أن يكون مملوكاً للموكل حين التوكيل، لأنه إذا لم يملكه لا يصح له أن يأذن فيه.

٢ ـ ويشترط فيه أن يكون قابلاً للنيابة.

أ ـ ما يقبل النيابة يصح التوكيل فيه، ومن ذلك أمور منها ما يأتي:

١ ـ يصح التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والشركة والوديعة والعارية والمساقاة والإجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء، لأن هذه الأمور في معنى البيع وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه[٣].

---

(١) انظر كشاف القناع ٤٥١/٣، ومغني المحتاج ٢١٧/٢، وبدائع الصنائع ٣٤٤٦/٧، وأخذ القانون بمذهب الحنفية والحنابلة في جواز وكالة الصبي المميز المأذون له ففي المادة ٨٧٩ ذكر أنه يشترط في الموكل أن يكون أهلاً للتصرف فيما وكل فيه، ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً، فلا يصح للمجنون ولا الصبي غير المميز أن يوكل غيره، ولا يصح للصبي المميز ومن في حكمه أن يوكل غيره فيما يضره ويصح له أن يوكل غيره فيما هو نافع له مطلقاً وفيما يدور بين النفع والضرر بإذن وليه أو وصيه.

(٢) انظر كشاف القناع ٤٥٠/٣، ومغني المحتاج ٢١٩/٢.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٣٤٥٢/٧.

٢ ـ ويصح التوكيل أيضاً في عقد النكاح في الإيجاب والقبول.

واستدل الفقهاء على ذلك بتوكيل النبي ﷺ أبا رافع وعمرو بن أمية في قبول النكاح[١].

٣ ـ ويصح التوكيل كذلك في الطلاق والخلع والرجعة والعتاق ونحو ذلك لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، كالتوكيل في البيع.

٤ ـ ويصح التوكيل في الحج والعمرة عند العجز، ويجوز أن يستناب من يحج عن الميت بعد موته، لورود النص في ذلك.

٥ ـ ويصح التوكيل في تفرقة الزكاة والكفارة والنذر وفي ذبح الهدي والعقيقة وذبح الأضحية.

٦ ـ ويصح التوكيل في استيفاء عقوبة آدمي كالقصاص والحدود، لحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر أنيساً برجم المرأة إن اعترفت بالزنا[٢].

وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وهو الصواب لورود الدليل في ذلك، وقال بعض الفقهاء لا يصح التوكيل فيها، لأنها تسقط بالشبهات، وقد أمرنا بدرئها والتوكيل يوصل إلى وجوبها[٣].

٧ ـ ويصح التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضراً كان الموكل أم غائباً صحيحاً أم مريضاً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

لأنها حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه كحال غيبته ومرضه، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فقد يكون من له الحق لا يحسن

---

(١) قال المحدثون: أن توكيل أبي رافع مرسل وتوكيل عمرو بن أمية ضعيف، انظر إرواء الغليل ٢٨٢/٥.

(٢) انظر المصادر السابقة، والحديث في قصة رجم المرأة رواه البخاري ومسلم، انظر فتح الباري ٤٩١/٤.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٨٩/٥، ويجوز استيفاء الحد والقصاص بحضرة الموكل وغيبته عند جمهور الفقهاء، وهناك قول في مذهب الشافعية والحنابلة أنه لا يجوز الاستيفاء في غيبة الموكل لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط، وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء. والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأنه لو عفا لأعلم وكيله بعفوه.

الخصومة ولا يحب أن يتولاها بنفسه[1].

٨ ـ ويصح التوكيل في الإقرار، لأنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه، كالبيع، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة وقول في مذهب الشافعية. والأصح في مذهب الشافعية أنه لا يصح التوكيل فيه، لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل فيه كالشهادة.

والظاهر: أن القول الأول هو الراجح، لأنه قول يثبت به الحق بخلاف الشهادة فإنها إخبار بالحق لا بثبوته[2].

ب ـ ما لا يقبل النيابة لا يصح التوكيل فيه:

١ ـ لا يصح التوكيل في العبادات البدنية المحضة، كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث لأنها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها، إلا الصيام عن الميت فإنه يفعل عن الميت لحديث عائشة أن النبي ﷺ قال «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»[3].

٢ ـ ولا يصح التوكيل في الشهادة لأنها لا تصح إلا بلفظها فأشبهت العبادات.

٣ ـ ولا يصح التوكيل في الأيمان والنذور، فلو قال رجل لآخر: احلف

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٨٩/٥، ومغني المحتاج ٢٢٠/٢، وبدائع الصنائع ٢٤٥٦/٧، ونقل عن أبي حنيفة: أنه قال: للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه، كالدين عليه وهناك تفصيل عندهم، انظر حاشية ابن عابدين ٥٢٩/٥. والظاهر من نص القانون في المادة ٨٨٦ أنه أخذ بمذهب الجمهور فقال يجوز التوكيل بالخصومة ولو بدون رضاء الخصم، ولا يصح للوكيل بالخصومة الصلح والتوكيل إلا بإذن صريح من موكله أو مفوضه.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٩٠/٥، وبدائع الصنائع ٣٤٥٩/٧، ومغني المحتاج ٢٢٠/٢.

(٣) الحديث رواه البخاري ومسلم وقال بعض الفقهاء لا يصوم أحد عن أحد مطلقاً وإنما يطعم عن الميت وقال بعضهم يصوم عنه المنذور وهو مذهب الحنابلة، انظر مغني ابن قدامة ٩٢/٥.

عني أو أنذر عني فلا يصح ذلك لأنه يتعلق بعين الحالف والناذر كالعبادات(١).

٤ ـ ولا يصح التوكيل في الايلاء والقسامة واللعان، لأنها أيمان.

المطلب الثالث

في أنواع الوكالة

فالوكالة إما أن تكون مطلقة في أمر مجهول، وإما أن تكون مطلقة في أمر معلوم، وإما أن تكون مقيدة بأمر من الأمور.

١ ـ التوكيل في تصرف مجهول:

لا يصح التوكيل إلا في تصرف معلوم، فإن قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير لي أو في كل أمر من أموري أو حقوقي لم يصح ذلك لأنه غرر فاحش فيدخل فيه ما لا يصح التصرف فيه كهبة ماله وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه وتزوجه بعدة نساء ويلزمه المهر الكثير والأثمان العظيمة فيعظم الضرر(٢).

٢ ـ إطلاق الوكالة في أمر معين:

كما لو وكّله بشراء سلعة أو بتزويج امرأة ونحو ذلك ولم يقيده بزمان ولا بمكان ولا بثمن بل أطلق له ذلك فيجوز له التصرف بما يجري به العرف، فلا يصح له أن يبيع بغير نقد البلد ولا أن يبيع بنسيئة ولا بغبن فاحش، لأن عقد الوكالة لا يقتضي ذلك(٣).

---

(١) انظر الروض المربع ٢٠٦/٣، ومغني المحتاج ٢٢٠/٢، وبنحو ذلك نصت المادة ٨٨٢ بأن كل تصرف يجوز للموكل أن يعقده بنفسه يجوز له أن يوكل فيه غيره إلا ما استثنى. ولا تجوز الوكالة في أمر متعلق بشخص الموكل كاليمين واللعان ولا في محظور ولا في تأدية شهادة إلا على وجه الإدعاء ولا في الإحياء والتحجر إلا في حدود ما يسد حاجته وحاجة من تلزم نفقته.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٩٤/٥، وتكملة المجموع ٥٥٠/١٣، وجاء في القانون نحو ذلك في المادة ٨٨٣.

(٣) انظر الروض المربع ٢٠٦/٢، ومغني المحتاج ٢٢٣/٢.

وفي مذهب الحنفية أنه يصح البيع بغبن فاحش وأما الشراء فإنه يرجع إلى العرف فإن زاد على ما جرت به العادة لا يلزم الموكل لأن الوكيل متهم في حالة الشراء[1].

٣ ـ الوكالة المقيدة:

فإذا قيد الموكل وكيله في التصرف ببيع سلعة معينة وبثمن معين ونحو ذلك، كما لو وكله أن يشتري له سيارة فاشترى دابة أو أرضاً أو وكله بأن يشتري له بألف سلعة كذا فاشتراها بألفين ونحو ذلك، فإن اشترى بعين المال فالبيع باطل، وهذا مذهب الشافعية، وهو الصحيح في مذهب الحنابلة. لأنه تصرف في عقد لم يأذن له فيه فلم يصح لأنه فضولي[2].

وقال بعض الفقهاء يكون موقوفاً على إجازة الموكل، وهذا مذهب الحنفية[3].

واستدلوا بحديث عروة بن الجعد البارقي ونحوه فإنه باع شاة بغير إذن من النبي ﷺ فأقره ودعا له، فلو لم يصح بيعه لما أقره على ذلك.

وكذلك الحكم فيما لو وكله أن يزوجه بامرأة فزوجه بغيرها.

وإن اشترى في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح، لأنه لم يتصرف في ملك غيره فيصح كما لو لم ينوه لغيره، وهذا هو الراجح من أقوال الفقهاء في ذلك ويلزم الوكيل ولا يلزم الموكل شيء، لأن الوكيل اشترى في ذمته.

وقال بعض الفقهاء: لا يصح مطلقاً، وقال بعضهم: موقوفاً على الإجازة[4].

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٤٦٦/٧.
(٢) وحكم ذلك كحكم بيع الفضولي المتقدم في عقد البيع، انظر تكملة المجموع ٥٨٩/١٣.
(٣) وأخذ القانون بمذهبهم في المادة ٩٠٩، وانظر بدائع الصنائع ٣٤٦٩/٧.
(٤) انظر مغني ابن قدامة ١٢٩/٥، وتكملة المجموع ٥٨٩/١٣، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٦.

المطلب الرابع

في أحكام تتعلق بالوكالة

١ ـ الوكالة عقد جائز من الطرفين، فلكل واحد منهما فسخها متى شاء، لأنها من جهة الموكل إذن ومن جهة الوكيل نفع وكلاهما جائز[١].

٢ ـ إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل، وتتعلق حقوق العقد بالموكل أيضاً، فإذا اشترى الوكيل شيئاً لموكله بثمن معين أو باع له شيئاً فيكون الموكل هو المطالب بتسليم المبيع في البيع وبتسليم الثمن في الشراء، لأن العقد له وليس للوكيل، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٢].

ويرى الحنفية: أن الملك ينتقل في البيع والشراء ونحوهما إلى الموكل وأما حقوق العقد فإنها ترجع إلى الوكيل، فكل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفس الوكيل فحقوقه راجعة إلى العاقد، كالمبيعات والأشرية والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه العقود ترجع إلى الوكيل ويكون الوكيل فيها كالمالك والمالك كالأجنبي لا يملك مطالبة المشتري بالثمن إلا إذا أمره الوكيل بالمطالبة فيملك ذلك وكذلك الرد بالعيب ونحو ذلك من الحقوق.

وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل، كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك، والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً فلا يطالب بالمهر في الزواج إلا إذا ضمنه وإنما المطالب في ذلك هو الزوج[٣].

---

(١) انظر كشاف القناع ٤٥٦/٣، وتكملة المجموع ٥٩٨/١٣.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ١٤١/٥. وهذا عند الجمهور فيما إذا اشترى بعين ماله، أما إذا اشترى بثمن في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به، ولم يفصل الجمهور أيضاً بل الظاهر عندهم أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل مطلقاً سواء كان مما تصح إضافته إلى الوكيل أم لا.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٣٤٧٦/٧ و٣٤٧٧، وأخذ القانون بمذهب الحنفية كما جاء ذلك في المادة ٨٩٠.

٣ ـ الوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده من ثمن ومثمن وغيرهما بغير تفريط ولا تعد، لأنه نائب عن المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك كالمودع سواء كان التوكيل بجعل أم بغير جعل[1].

٤ ـ لا تثبت الوكالة إلا بشاهدين عدلين، لأن الوكالة إثبات للتصرف.

وقال بعض الفقهاء: تثبت برجل وامرأتين، كالوكالة في المال وما يقصد به المال تثبت بشهادة النساء مع الرجال[2].

٤ ـ ولا يصح للوكيل أن يبيع ويشتري لنفسه أو لولده الصغير ونحوه ممن له ولاية عليه ولو أذن له فيه الموكل، لتهمه الاسترخاص لهم، وهذا مذهب الشافعية.

قالوا: وكذلك لو قدر له الثمن ونهاه عن الزيادة، لأن الأصل عدم جواز اتحاد الموجب والقابل وإن انتفت التهمة[3].

وهذا قول في مذهب الحنفية[4].

وأطلق الحنفية عدم جواز بيعه من نفسه أو من ولده الصغير، وقيد ذلك الحنابلة بعدم الإذن، قال ابن قدامة: وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه جاز له ذلك[5].

والعلة عند الجميع هي التهمة.

وفي قول لبعض الفقهاء: أنه لا يجوز أن يشتري من نفسه لابنه ونحوه ممن لا ولاية عليه ولو كبيراً.

---

(١) انظر كشاف القناع ٤٧٣/٣، وتكملة المجموع ٦٠٠/١٣. وتجوز الوكالة بأجر وبغير أجر، وإذا اتفق الأصيل والوكيل على أجر معين لزم، وإلا فأجر المثل ما لم يكن الوكيل متبرعاً، كما ذكر ذلك الفقهاء ونص عليه القانون في المادة ٨٩٣.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ١٤٣/٥.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢٢٤/٢ و٢٢٥.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ١١٨/٥.

(٥) انظر المصدر السابق وبدائع الصنائع ٣٤٦٦/٧.

والقول الثاني في مذهب الحنابلة: أنه يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه بشرطين: أحدهما: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء، والثاني أن يتولى النداء غيره[1].

ويبدو أن القول بجواز بيعه إذا أذن له الموكل هو الراجح، لانتفاء التهمة في ذلك.

٥ ـ وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا إذا أذن له الموكل حتى ولو أطلق له الموكل في الوكالة، لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه[2].

وفصل بعض الفقهاء في ذلك، وهو الصواب فيما يبدو، فقال إن كان العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيئة في حق أشراف الناس المرفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو لا يستطيع أن يعمله بنفسه لكثرته فيجوز التوكيل، لأن الوكالة تقتضي ذلك[3].

٦ ـ إذا اختلف الوكيل والموكل في التلف أو التعدي فالقول قول الوكيل، لأنه أمين[4].

وإن اختلفا في الرد فالقول قول الوكيل إن كان متبرعاً بعمله، لأنه قبض المال لنفع مالكه فقط، كالوصي وناظر الوقف، وإن كانت الوكالة بجعل لم يقبل قوله[5]. وإن اختلفا في صفة البيع من حيث كونه نقداً أم نسيئة أو صفة الوكالة من حيث كونها مطلقة أم مقيدة فالقول قول الموكل[6].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ١١٧/٥.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٩٧/٥. ونص القانون في المادة ٨٨٨ بنحو ذلك فقال: ليس للوكيل توكيل غيره إلا إذا كان مفوضاً أو أذن له الموكل وإذا تم توكيل الوكيل الثاني صحيحاً صار وكيلاً للموكل.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٩٧/٥.

(٤) انظر تكملة المجموع ٦٠٨/٧، وكشاف القناع ٤٧٤/٣.

(٥) انظر كشاف القناع ٤٧٤/٣.

(٦) انظر مغني المحتاج ٢٣٣/٢ وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٧.

٧ - تنتهي الوكالة بالفسخ منهما أو من أحدهما أو بهلاك المحل الموكل فيه وتنتهي أيضاً بموت الوكيل أو ذهاب أهليته.

وتنتهي الوكالة أيضاً بموت الموكل أو ذهاب أهليته إن علم الوكيل بذلك لأن انتهاء الوكالة فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم بالفسخ.

المبحث التاسع

في الصلح

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

في تعريفه وحكمه

أ ـ تعريف الصلح:

الصلح لغة: قطع النزاع.

وشرعاً: هو معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين الطرفين[1].

ب ـ حكم الصلح:

الأصل في الصلح أنه مشروع ودليل مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى **﴿لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس﴾**[2].

وقوله تعالى **﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾**[3].

وقوله تعالى **﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾**[4].

---

(١) انظر كشاف القناع ٣٧٨/٣ ومغني ابن قدامة ٥٢٧/٤.

(٢) سورة النساء، آية ١١٤.

(٣) سورة النساء، آية ١٢٨.

(٤) سورة الحجرات، آية ٩.

وقوله تعالى ﴿**فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم**﴾[1].

وأما السنة فمنها حديث عمرو بن عوف أن النبي ﷺ قال «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» وفي بعض الروايات بزيادة «والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[2].

ومنها حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم، إن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته، وإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه»[3].

ومنها حديث أم سلمة قالت: جاء رجلان من الأنصار يختصمان في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ «استهما وتوخيا الحق وليحلل أحدكما صاحبه»[4].

وأما الإجماع على جواز الصلح فقد نقل عن الفقهاء في الجملة، ولم ينقل عن أحد منهم خلاف فيه[5].

---

(١) سورة الأنفال، آية ١.

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي، وروى الزيادة الترمذي وقال حسن صحيح، وذكر الشوكاني أن في سنده كثير بن عبد الله وهو ضعيف جداً، وذكر له الألباني طرقاً ثم قال: وجملة القول: إن الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره. انظر نيل الأوطار ٣٨٦/٥، وإرواء الغليل ١٤٤/٥ و٢٥٣.

(٣) رواه البخاري وأحمد الترمذي وصححه، انظر نيل الأوطار ٢٩٠/٥.

(٤) رواه أبو داود والدارقطني والحاكم وغيرهم وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. انظر إرواء الغليل ٢٥٢/٥.

(٥) انظر تكملة المجموع ٣٨٣/١٣، والروض المربع ١٩٨/٢، وحاشية ابن عابدين ٦٢٨/٥، وحاشية الدسوقي ٣٠٩/٣، والتاج المذهب ١٦٧/٣.

المطلب الثاني

في أركان عقد الصلح

وهي الصيغة ـ الإيجاب والقبول ـ والعاقدان وهما المتصالحان، والمصالح عليه، والمصالح عنه.

١ ـ الصيغة، وتصح بلفظ الصلح، مثل صالحتك من الألف الذي عليك على خمسمائة، فيقول المدعي: قبلت أو رضيت، وتصح أيضاً بكل لفظ يدل على التراضي بالصلح إن كان عن إبراءٍ أو هبة، كالحط والإسقاط ونحو ذلك[١].

٢ ـ العاقدان ويشترط فيهما: أن يكون كل منهما أهلاً للتصرفات المالية من البلوغ والعقل والرشد ونحو ذلك[٢].

ففاقد الأهلية لا يصح صلحه. كزائل العقل ونحوه، والخلاف في مصالحة الصبي المأذون له وكذلك العبد المأذون له كالخلاف في جواز التصرف منهما في البيع وسائر العقود التي بمعناه.

وينوب عن الصغير في المصالحة وليه كالأب والجد والوصي، لأن الصلح تصرف في المال فيملك التصرف فيه كسائر التصرفات التي ينوب فيها الولي عن من ليس بأهل للتصرفات[٣].

٣ ـ المصالح عليه: يشترط أن يكون المصالح عليه حلالاً، فلا يصح على الحرام، كالخمر والميتة والنجس والربا، لأن الصلح في معنى المعاوضة فما لا

(١) انظر مغني المحتاج ١٧٩/٢.

(٢) انظر كشاف القناع ٣٧٩/٣.

(٣) ونصت المادة ٦٤١ من القانون على أنه يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف في الحقوق التي يشملها الصلح، ونصت المادة ٦٤٢ على أنه لا يصح الصلح ممن لا يملك التبرع كالصبي المأذون له وولي الصغير وناظر الوقف ومن إليهم إلا في حالتين:

١ ـ إذا كان مدعياً لمن يمثله وكان المدعى عليه منكراً ولا بينة للمدعي فله أن يتصالح على بعض الحق ولا تبرأ ذمة الغريم.

٢ ـ إذا كان من مثله مدعى عليه ولدى المدعي بينة وحكم بثبوت الحق فيصالح عنه بما أمكنه.

يصلح عوضاً في البيع لايصلح أن يكون بدلاً للصلح، ولما تقدم من حديث عمرو بن عوف أن النبي ﷺ قال «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».

٤ ـ المصالح عنه: ويشترط فيه أن يكون عيناً أو ديناً أوغير ذلك مما ليس بدين ولا عين ولا مال، ويشترط فيه أيضاً أن يكون مما يجوز الصلح عنه، فلا يصح عن إسقاط حد كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر فلو أخذ شخص زانياً أو سارقاً فصالحه على مال على أن لا يرفع أمره إلى الحاكم، فلا يجوز ذلك، لأنه حق لله تعالى فلا يجوز الصلح عليه وكذلك إذا بلغ الحد الحاكم فلا يجوز له أن يسقط عنه الحد ويفرض عليه غرامة بدل الحد(١).

وكذلك لو قذف رجل إنساناً فلا يجوز له أن يصالحه على مال لأجل أن يعفو عنه، لأنهِ وإن كان للعبد فيه حق، إلا أن الغالب فيه حق الله تعالى، ولكن إذا أراد العفو عنه فليعف مجاناً.

والقاعدة في ذلك: أن حقوق الله تعالى لا يجوز لإنسان أن يصالح فيها على عوض وإنما إذا كانت مما يصح العفو عنها فليعف مجاناً.

ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح الصلح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع.

ويجوز أن يصالح عما يوجب القصاص بأكثر من الدية أو أقل.

ولا يجوز أن يصالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته إن كان من جنسها، لأن الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر من جنسها كالثابت من قرض أو ثمن مبيع، وهذا قول عامة الفقهاء(٢).

ونقل ابن قدامة عن بعض الفقهاء جواز ذلك معللاً: بأنه يأخذ عوضاً عن

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥٥١/٤، وحاشية الدسوقي ٣١٣/٣، وحاشية ابن عابدين ٦٢٩/٥.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥٤٥/٤، وحاشية ابن عابدين ٦٣٤/٥، وتكملة فتح القدير ٤١٧/٨.

المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك[١].

ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عيناً أم ديناً.

وهذا قول أكثر الفقهاء.

واستدلوا بحديث أم سلمة السابق وفيه أن النبي ﷺ قال لرجلين «استهما وتوخيا الحق وليحلل أحدكما صاحبه» فهذا صلح عن مجهول.

ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق.

وقال بعض الفقهاء: لا يصح الصلح عن المجهول، كالبيع.

وهذا قول الشافعية[٢].

والظاهر أن القول الأول هو الراجح، لأنه لو لم يجز الصلح إلا على المعلوم لأدى ذلك إلى ضياع الحق، لأن كثيراً من النزاعات تكون على أمر مجهول أو مشتبه للطرفين أو أحدهما فيصالح أحدهما الآخر بشيء معلوم عوضاً عن الشيء المجهول.

ويشترط في المصالح به أن يقبض في المجلس إن كان مما يجري فيه الربا، كما لو صالحه على المؤجل ببعضه حالاً، أو على مكيل جعل بدلاً عن دعوى بحق في مكيل آخر أو موزون أو على ذهب بفضة ولم تقبض في المجلس[٣].

---

(١) نقل ذلك عن أبي حنيفة ولم أجده في مذهبهم ولم أجد لهم خلافاً في جواز أخذ الزيادة وإنما مذهبهم في ذلك كمذهب عامة الفقهاء.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥٤٢/٤. ويشترط في مذهب الحنفية أن يكون المصالح عليه معلوماً إذا كان يحتاج إلى قبضه، كما لو كان المصالح عنه مما لا يجوز الاعتياض عنه، فإن كان غير مال كالقصاص والتعزير وحق شفعة وحد قذف ونحو ذلك مما لا يحتاج إلى تسليم لا يشترط فيه أن يكون معلوماً، انظر حاشية ابن عابدين ٦٢٨/٥ و٩٢٩.

(٣) انظر نهاية المحتاج ٣٧٣/٤، ومغني ابن قدامة ٥٤٢/٤، وحاشية ابن عابدين ٦٣٩/٥. وبنحو ما تقدم نصت المادة في القانون ٦٤٠ على أن الصلح يتم بالتراضي في الدماء والأموال والحقوق على أن لا يحل حراماً و لايحرم حلالاً ولا يثبت نسباً أو يسقط حدًّا ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار.

ويشترط في المصالح عنه أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح، كما لو صالح امرأة لتقر له بالزوجية، لأن هذا الصلح مما لا يجوز أخذ العوض عنه، لأنه لا يجوز أخذ العوض عن أداء الواجب عليه[1].

المطلب الثالث

في أنواع الصلح

وهو ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الصلح عن إقرار.

وهو أن يدعي إنسان على غيره ديناً أو عيناً أو منفعة فيقر المدعى عليه بالدعوى ثم يتصالحا على أن يأخذ المدعي من المدعى عليه شيئاً، فيصح ذلك. وهذا مما لا خلاف فيه في الجملة، لأن الإنسان لا يمنع من إسقاط حقه كله أو بعضه. ويكون حكمه حكم البيع، كما لو ادعى على رجل دارا فأقر له بها وصالحه عنها بمعين، فيعتبر بيعاً للعين المدعاة من المدعي للمدعى عليه، فيشترط فيه ما يشترط في البيع من التقابض قبل التفرق إن كان يؤدي الافتراق قبل القبض إلى بيع الكالىء بالكالىء - أي الدين بالدين - ونحو ذلك.

وإن جرى الصلح على منفعة كسكنى دار أو منفعة عبد معلومة أو صالحه على أن يعمل له عملاً معلوماً، كخياطة ثوب أو بناء حائط فيكون حكمه حكم الإجارة تبطل بتلف الدار أو بموت العبد ونحو ذلك مما يبطل الإجارة.

وإن صالحه على بعض العين، كما لو ادعى عليه عيناً فأقر بها وصالحه على ربعها أو نصفها يدفعها للمدعي والباقي له، فيكون هبة فيثبت حكمها من اشتراط القبول وغيره، وجواز الصلح على بعض المدعي هو مذهب جمهور الفقهاء[2].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥٤٩/٤ و٥٥٠.

(٢) انظر نهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وحاشية الدسوقي ٣١٠/٣، والاختيار ٥/٣، وتكملة فتح القدير ٤٠٥/٨.

ويرى الحنابلة أن من اعترف بحق وامتنع عن أدائه حتى صولح على بعضه فالصلح باطل، لأنه صالح عن بعض ماله ببعضه، سواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة، لأنه أكل لأموال الناس بالباطل وهضم لحق الغير فلا يجوز، إلا إذا تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب نفس من نفسه جاز ولا يعتبر هذا من باب الصلح وإنما من باب التبرع كالصدقة والهبة ونحو ذلك.

والظاهر أن المصالحة تجوز على بعض الدين على أن يدفع له الباقي، فيصح ذلك قضاء مطلقاً، ولا تصح تديناً إذا لم يكن ما أسقطه المدعي عن طيب نفس. وإن ادعى على رجل بدين فاعترف له، فيقول له: قد أبرأتك من نصفه أو من ربعه فيجوز ذلك سواء كانت البراءة مطلقة أم مقيدة بشرط أن يؤدي له الباقي[1].

وقال بعض الفقهاء: لا يصح أن يبرئه عن بعض الحق ليوفي له بقيته[2].

والظاهر أنه يجوز ذلك كالمصالح عليه الذي يكون حكمه كحكم الهبة.

النوع الثاني: الصلح على إنكار.

وهو أن يدعي رجل على آخر ديناً أو عيناً أو منفعة لا يعلمه المدعى عليه فينكر ما ادعاه ثم يصطلحان على بعضه. وهذا جائز في مذهب جمهور الفقهاء.

واستدلوا بعموم الآيات والأحاديث السابقة الدالة على جواز الصلح.

وإن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة والحاجة إلى قطعها عند الإنكار، إذ الإقرار مسالمة ومساعدة، فكان الصلح مع الإنكار أولى بالجواز[3].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥٣٣/٤ و٥٣٤ و٥٣٥.

(٢) والقول بالجواز هو قول أكثر الفقهاء، انظر المصادر السابقة وحاشية ابن عابدين ٦٣٩/٥. وفي مذهب الشافعية: يشترط لصحة الصلح أن تسبقه خصومة. قال الرملي صاحب نهاية المحتاج: ولو قال من غير سبق خصومة: صالحني عن دارك بكذا فأجابه فالأصح بطلانه لاستدعاء لفظ الصلح سبق خصومة، انظر نهاية المحتاج ٣٧٢/٤.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٥٢٧/٤، والاختيار ٥/٣، وحاشية الدسوقي ٣١١/٣.

وقال بعض الفقهاء: إن الصلح على الإنكار لا يصح[1].

واستدلوا بعموم حديث عمرو بن عوف أن النبي ﷺ قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً».

والصلح على الإنكار من المدعى عليه إما أن يكون تحريم حلال أو تحليل حرام، لأنه إن كان المدعي صادقاً وأخذ بعض ماله فلا يحل للمدعى عليه الإبقاء على ما في يده وأخذه له حرام، وإن كان كاذباً فلا يحل له أن يأخذ ما ليس بحقه لأنه أكل للحرام والصلح الذي يحل الحرام غير جائز.

النوع الثالث: الصلح عن السكوت.

مثل أن يدعي رجل على آخر بحق فلم يعترف المدعى عليه بالحق ولم ينكره ثم عرض على المدعي الصلح فقبله أو توسط بعض الناس وأصلحوا بينهما جاز ذلك، وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

وقال بعض الفقهاء: لا يجوز ذلك لأن الساكت ينزل منزلة المنكر، وهذا مذهب الشافعية والظاهرية[2].

والظاهر أن الصلح على الإنكار والسكوت جائز باعتبار ظاهر الحال، وأما في الباطن فإن كان الصادق المنكر فالمأخوذ منه حرام وإن كان الصادق المدعي فالمأخوذ من المنكر حلال، والله تعالى أعلم.

---

(١) وهذا مذهب الظاهرية والشافعية، انظر المحلى ٦٠٩/٨، ونهاية المحتاج ٣٧٥/٤، وتكملة المجموع ٣٨٩/١٣. وأخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء كما جاء ذلك في المادة ٦٤٠ قال فيها: ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار.

(٢) انظر مصادر الفقهاء السابقة وبداية المجتهد ٢٩٣/٢ و٢٩٤.

المبحث العاشر

في الهبة
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول

في معنى الهبة ومشروعيتها

أ ـ معنى الهبة لغة واصطلاحاً:

١ ـ أما معناها لغة: فهي العطية الخالية من الأغراض والأعواض، والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤالها[١].

٢ ـ وأما معناها في اصطلاح الفقهاء: فقد عرفوها بألفاظ مختلفة متقاربة في المعنى نكتفي منها بتعريف واحد وهو ما يأتي:

الهبة: تمليك عين أو منفعة في الحياة بغير عوض[٢].

فخرج بقولنا: في الحياة: الوصية، فإنها لا تملك إلا بعد الموت، وخرج بقولنا: بلا عوض: عقود المعاوضات.

وبناء على ذلك: فلا تدخل الهبة بعوض في هذا التعريف، لأنها بمعنى البيع.

ويدخل في ذلك الصدقة والهدية والعطية فإنها بمعنى واحد في الغالب، فكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها.

---

(١) انظر تاج العروس ٥٠٨/١.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٦٤٩/٥.

هذا إذا لم تكن الهبة في مقابل عوض، فإذا كانت بعوض فلا تكون كالهبة والعطية، وإنما تكون كالبيع، لأن المعتبر في البيع التراضي والتعاوض، وهما حاصلان في الهبة بعوض.

وإذا كان في الموهوب له مكافأة غير مرادة للواهب عند الهبة فهي كالهدية، وبالجملة فتنطبق على الهبة بغير عوض(١).

ب ـ مشروعيتها:

شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب وتوثيق عرى المحبة بين الناس وتقوية روابط الأخوة الإسلامية.

وقد وردت أدلة كثيرة ثابتة عن النبي ﷺ تدل على استحباب الهبة والترغيب فيها، منها ما يأتي:

١ ـ ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: لو دعيت إلى كراع أو ذراع لأجبت، ولو أهدي إليّ ذراع أو كراع لقبلت(٢).

٢ ـ ما رواه خالد بن عدي الجهني: أن النبي ﷺ قال «من بلغه معروف عن أخيه عن غير مسألة ولا إشراف نفس فليقبله ولا يرده فإنما هو رزق ساقه الله إليه»(٣).

ففي هذا الحديث: الأمر بقبول الهدية والهبة ونحوهما من الأخ في الدين لأخيه، والنهي عن الرد، لما في ذلك من جلب الوحشة وتنافر الخواطر.

٣ ـ ما رواه أبو هريرة: أن النبي ﷺ قال «تهادوا تحابوا»(٤).

---

(١) انظر الدراري المضيئة ١٤٨.

(٢) رواه البخاري، انظر فتح الباري ١٩٩/٥، والكراع: ما دون الكعب من الدابة، وخص الذراع والكراع بالذكر ليجمع بين الحقير والخطير.

(٣) رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني في الكبير، قال في مجمع الزوائد: ورجال أحمد رجال الصحيح انظر نيل الأوطار ١٨٣/٤.

(٤) رواه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي، وقال الحافظ: إسناده حسن، وفي لفظ عن عائشة مرفوعاً: تهادوا تزدادوا حباً، وفيه ضعف، انظر نيل الأوطار ٣٩٠/٥.

فهذا الحديث يدل على أن الهدية من الأسباب التي توجد المحبة.

٤ ـ ما رواه أبو هريرة أيضاً أن النبي ﷺ قال: «تهادوا فإن الهدية تُذْهِبْ وحر الصدور»[(١)].

وإن كان في هذا الحديث ضعف لكن الحقيقة والواقع يؤيده ويؤكد مضمونه فإن الهدية تذهب الغل من القلوب، لأن الغالب في قلوب بني آدم فيها ضمير حي يقبل المعروف ويكافىء على الجميل إلا النادر منها، وهي المتمحضة في اللؤم والخبث تقابل المعروف بالإساءة والنعمة بالجحود.

٥ ـ ما رواه أبو موسى المديني عن زعبل: أن النبي ﷺ قال: «تزاوروا وتهادوا فإن الزيارة تثبت الوداد والهدية تذهب السخيمة»[(٢)].

وهناك أيضاً أحاديث بهذا المعنى وإن كان فيها ضعف لكن بمجموعها يحتج بها على استحباب الهدية وكراهة ردها.

٦ ـ ومما يدل على استحباب الهبة أيضاً حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال «يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة»[(٣)].

المطلب الثاني

في أركان الهبة

وأركان الهبة أربعة، وهي: صيغة العقد، والواهب، والموهوب والموهوب له.

هذه أركان الهبة بالإجمال، وأما تفصيلها عند الفقهاء فعلى النحو التالي:

---

(١) رواه الترمذي، وفي إسناده ضعف، انظر المرجع السابق.

(٢) رواه أبو موسى المديني عن زعبل، وليس لزعبل صحبة فهو مرسل، وإن كان ليس له صحبة، لكن الهدية تعتبر من فضائل الأعمال، فتقبل فيها الأحاديث الضعيفة، انظر نيل الأوطار ٥/ ٣٩٠.

(٣) رواه البخاري وغيره انظر فتح الباري ١٩٧/٥، وذكر الفرسن هو على سبيل المبالغة، والفرسن هو موضع الحافر للفرس والمعنى ينبغي للجارة أن تجود لجارتها بهدية ولو يسيرة، وليس حقيقة الفرسن مرادة لأن العادة لم تجر بإهدائه، لأنه لا منفعة فيه، والله أعلم.

الركن الأول

صيغة عقد الهبة

وما يشترط فيها

والمراد بصيغة عقد الهبة: هي الإيجاب والقبول.

وهي تنقسم إلى قسمين، قولية وفعلية.

أ ـ أما الصيغة القولية: فهي الإيجاب والقبول باللفظ.

ويشترط فيه ما يشترط في صيغة عقد البيع، منها: أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، ومنها أن يكون القبول متصلاً عادة، ونحو ذلك مما هو مفصل في عقد البيع.

وتصح بأي لفظ يدل على التمليك بغير عوض، مثل: وهبتك، منحتك وملكتك بلا ثمن، فيقول القابل: قبلت أو رضيت.

ولا تنعقد الهبة بدون قبول في مذهب جمهور الفقهاء، وهو قول في مذهب الحنفية(١).

ويرى جمهور الحنفية: أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب فقط، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً، قالوا: والقياس أن يكون ركناً.

وبناء على ذلك: أنه لو حلف رجل أن لا يهب لفلان شيئاً ما ثم وهبه فلم يقبل حنث، لأن الهبة انعقدت ولو لم يقبل، ولم يحنث في مذهب جمهور الفقهاء، لأن الهبة لا تنعقد إلا بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له.

---

(١) انظر مغني المحتاج ٣٩٧/٢، وكشاف القناع ٣٣٠/٤، وفتح القدير ١٩/٩، وبدائع الصنائع ٣٦٦٩/٨.

وأخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب جمهور الفقهاء فقال في المادة الثالثة منه: أركان الهبة أربعة وهي: صيغة العقد، الواهب، الموهوب، الموهوب له، ولا يشترط في الهدية قبول على الصحيح في مذهب الشافعية ولو في غير المطعوم، انظر مغني المحتاج ٣٩٨/٢.

واستدل الحنفية: بأن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب المالك بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشرعاً على أحدهما[1].

والظاهر أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، وهو أن الهبة ليست من التصرفات الانفرادية وأنها لا تتم إلا بين طرفين[2].

وإذا كان لا بد من طرفين أحدهما واهب والآخر موهوب له فلا تتم إلا بإيجاب وقبول، كسائر التصرفات الشرعية والله تعالى أعلم[3].

ب ـ وأما الصيغة الفعلية، وهو الإيجاب والقبول بالفعل فإما أن يكون بالكتابة أو بالإشارة أو بالمعاطاة كما هو الحال في عقد البيع.

فكثير من الفقهاء يرون أن الهبة تصح بأي فعل يدل على الرضا من كناية أو إشارة من الأخرس أو معاطاة، ولا فرق بين الهبة وبين الهدية[4].

وفرق الشافعية بين الهبة وبين الهدية، فقالوا: يشترط الإيجاب والقبول باللفظ في الهبة ولا يشترطان في الهدية على الصحيح فيكتفي في الهدية بالبعث

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٨/٣٦٧٠.

(٢) واستثنى الشافعية بعض المسائل منها: ما لو وهبت المرأة نوبتها لضرتها لم تحتج إلى قبول، ومنها ما يخلع السلطان على الأمراء والقضاة وغيرهم فلا يشترط فيه قبول، ومنها ما لو اشترى حلياً لولده الصغير وزينه به فإنه يكون تمليكاً له بخلاف ما لو اشتراه لزوجته فإنه لا يعتبر ملكاً لها إلا بالقبول، ومنها ما لو قال: اشتر لي بدراهمك لحماً فاشتراه، فإن الدراهم تكون هبة لا قرضاً، انظر مغني المحتاج ٢/٣٩٧. وأخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب جمهور الفقهاء فقال في المادة الرابعة منه: تكون الهبة بإيجاب من الواهب أو نائبه وقبول من الموهوب له أو نائبه قبل الإعراض، وبينت هذه المادة نفسها أن الإيجاب والقبول لا يشترط أن يكونا في مجلس واحد وإنما يشتطر التراضي فقط صراحة أو ضمناً بما تدل عليه قرائن الأحوال.

(٣) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٨، وكشاف القناع ٥/٣٣٠.

(٤) انظر مغني المحتاج ٢/٣٩٨، ومما استدل به الشافعية على التفريق بين الهدية والهبة ما رواه أحمد والترمذي والبزار من حديث علي قال: أهدى كسرى لرسول الله ﷺ فقبل، وبما في الصحيحين عن أنس: أن أكيدر دومة أهدى لرسول الله ﷺ جبة سندس، انظر المرجع السابق والدراري المضيئة ٢/١٤٥.

من المهدي إلى المهدى إليه، لأن العرف جرى على ذلك في كل الأعصار، وقد أهدى الملوك إلى رسول الله ﷺ الكسوة والدواب والجواري ولم ينقل في ذلك إيجاب ولا قبول.

والراجح فيما يظهر لي: أنه لا يشترط في الهبة ولا في الهدية ونحوهما تلفظ بالإيجاب والقبول وإنما يكفي في ذلك أي فعل يدل على التمليك من الواهب والقبول من الموهوب له، لأن ذلك من العقود التي لا معاوضة فيها فيتسامح فيها ما لا يسامح في غيرها بل إن كثيراً من الفقهاء قالوا بصحة العقد بالصيغة الفعلية في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة ونحوهما فجواز ذلك في الهبة من باب أولى، والله تعالى أعلم[1].

الركن الثاني

من أركان الهبة

الواهب

ـ ويشترط فيه: أن يكون أهلاً للتبرع، فلا تصح من صغير ولا سفيه ولا عبد ولا من فاقد العقل، لأن الهبة تبرع فلا يملكها إلا من يملك التبرع، والظاهر: أنه لا خلاف في ذلك.

ـ ويشترط أيضاً أن يكون الواهب مالكاً للشيء الموهوب، فلا يملك أب ولا حاكم ولا غيرهما التبرع بمال صغير بدون عوض دنيوي، لأن الله تعالى نهى عن التصرف في مال اليتيم، قال تعالى ﴿**ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن**﴾[2].

---

(١) ونصت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية على أن الهبة تصح بالكتابة وبالرسالة وبالإشارة المفهمة من الأخرس.
ويشترط في صيغة عقد الهبة أن لا يكون معلقاً بماله خطر الوجود والعدم من دخول بكر أو قدوم خالد ونحو ذلك ولا مضافاً إلى وقت كأن يقول: وهبت منك هذا الشيء غداً، انظر بدائع الصنائع ٣٦٧٧/٨، وتكملة المجموع ٩/١٥.

(٢) سورة الأنعام، آية ١٥٢.

وقال بعض الفقهاء: لا يجوز التبرع بمال الصغير ولو بعوض، لأن كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة، سواء بعوض أم بغير عوض[1].

ويبدو أن القول بجواز الهبة بعوض من مال الصغير هو الراجح، لأن كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض، والنهي عن التصرف في مال الصغير مقيد بما إذا كان ليس فيه مصلحة دينوية.

الركن الثالث

الموهوب

ويشترط فيه الشروط التالية:

١ ـ أن يكون موجوداً في وقت الهبة، فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد، فلا تصح هبة ثمرة لم توجد ولا ما تحمل الدابة ونحو ذلك لأن الهبة تمليك مال في الحال وتمليك المعدوم لا يصح.

٢ ـ أن يكون مالاً متقوماً، فلا تجوز هبة ما ليس بمال أصلاً، كالخمر والميتة والدم وصيد الحرم والمحرم والخنزير وغير ذلك مما لا يجوز بيعه.

٣ ـ أن يكون مملوكاً في نفسه فلا تجوز هبة المباحات قبل أن تدخل في حوزة الواهب، لأن الهبة تمليك وتمليك ما ليس بمملوك محال[2].

٤ ـ أن يكون مملوكاً للواهب، فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لأن تمليك غير المملوك لا يصح.

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٦٧٨/٨. ونصت المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية على أنه يشترط في الواهب ما يأتي:
١ ـ أن يكون مكلفاً مختاراً مطلق التصرف.
٢ ـ أن يكون مالكاً للشيء الموهوب.
٣ ـ أن لا يكون مديناً بدين مستغرقاً لماله أو لا يكفي ما تبقى من ماله بعد الهبة لسداده إلا أن يجيز الهبة صاحب الدين.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٣٦٧٩/٨.

وإذا كان لرجل دين على آخر فوهبه له صح ذلك ويعتبر إبراءاً من الدين الذي على المدين، والظاهر أنه لا خلاف في جواز ذلك، لأن ما في الذمة يعتبر مقبوضاً.

وإنما اختلفوا في هبة الدين لغير من هو عليه.

قال بعض الفقهاء: إن الهبة باطلة، وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية، لأنه هبة ما ليس بمقدور على تسليمه، ولأن القبض شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض(١).

وقال بعض الفقهاء: بجواز ذلك، وأجازه الحنفية استحساناً والقياس عندهم أنه لا يجوز.

قالوا: ووجه الاستحسان: أن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض، لأن المدين يجبر على التسليم(٢).

ويبدو لي: أنه تجوز هبة الدين مطلقاً، لأن القبض ممكن، والله تعالى أعلم.

وتجوز هبة المشاع مطلقاً، سواء كان مما ينقسم أم مما لا ينقسم، وهذا هو مذهب الشافعية.

واحتجوا بقوله تعالى ﴿**فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح**﴾(٣).

فإنه سبحانه وتعالى أوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الحط من الزوجات أو الأزواج أو الأولياء عن النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع والمقسوم فيدل على جواز الهبة مطلقاً.

واحتجوا أيضاً بحديث عمرو بن سلمة الضمري: أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى الروحاء فإذا حمار عقير، فقيل يا رسول الله: هذا حمار عقير،

---

(١) انظر مغني المحتاج ٢/٤٠٠.
(٢) انظر بدائع الصنائع ٨/٣٦٧٩.
(٣) سورة البقرة، آية ٢٢٧.

فقال: دعوه فإنه سيطلبه صاحبه، فجاء رجل من فهر، فقال: يا رسول الله إني أصبت هذا فشأنكم به، فأمر النبي ﷺ أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق[1].

قالوا: ولأن القصد منه التمليك، والمشاع كالمقسوم في ذلك[2].

ويرى الحنفية: أنه لا تجوز هبة المشاع الذي ينقسم وتجوز فيما لا ينقسم.

وعللوا لذلك: بأن القبض شرط جواز هذا العقد، والشيوع يمنع من القبض، لأن محل العقد إذا كان يمكن القسمة فلا ضرورة فيه لجواز العقد عليه قبل القسمة، بخلاف ما لو كان مما لا ينقسم فتجوز هبته للضرورة إلى احتياج هبته، وتقوم التخلية فيه مقام القبض[3].

والذي يظهر لي أن القول بجواز هبة المشاع مطلقاً هو الراجح، لأن هبة المشاع غير قابلة للفسخ يجوز بيعه فتجوز هبته من باب أولى والله تعالى أعلم.

٥ ـ ويشترط في صحة الهبة: أن يكون الموهوب معلوماً ومقدوراً على تسليمه، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء.

فلا تصح هبة ما ليس بمعلوم عندهم، فلا تصح هبة الحمل في البطن ولا اللبن في الضرع، كالبيع، لأن كلا من الهبة والبيع تمليك في الحياة[4].

وأجاز المالكية، هبة المجهول، لأن الهبة عقد تبرع وإرفاق[5]. فيتسامح فيها كالوصية.

ويظهر لي أن مذهب المالكية أرجح، لأنه ما دام أنه عقد ليس فيه معاوضة فلا غرر في ذلك ولا ضرر، بخلاف عقد البيع فإنه عقد فيه معاوضة.

---

(١) رواه أحمد والنسائي ومالك في الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره انظر تكملة المجموع ١٥/١٠.

(٢) انظر المرجع السابق.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٨/٣٦٨٠.

(٤) انظر تكملة المجموع ١٥/١١، وكشاف القناع ٤/٣٣٨، ومغني ابن قدامة ٥/٦٥٦.

(٥) قال ابن جزي: وتجوز هبة ما لا يجوز بيعه، كالعبد الآبق والبعير الشارد والمجهول والثمرة قبل بدو صلاحها، والمغصوب. انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٧.

الركن الرابع

الموهوب له

ـ يشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً حقيقة وقت الهبة.

فلا تصح الهبة لجنين، أو مفقود، وتصح الهبة لمسجد ونحوه ويقبل الهبة ناظره[1].

وتصح الهبة لصبي أو مجنون ويقبل الهبة عنه وليه، أو وصيه أو الحاكم أو من يقوم بأمره، فلا يصح له أن يقبض الهبة ولا يقبلها لأنه ليس أهلاً للتصرف[2].

ويجوز في مذهب الحنفية القبض من الصبي إذا كان مميزاً.

قال الكاساني: فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب له استحساناً، لأن قبض الهبة من التصرفات النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملكه وليه ومن هو في عياله[3].

وإذا وهب الأب لابنه الصغير شيئاً قام مقامه في القبض والقبول، ونقل الاتفاق على جواز ذلك[4].

فإن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله: قد وهبت هذا لابني وقبضته له، وإن كان مما لا يفتقر إلى قبض اكتفى بقوله: وهبت هذا لابني، ولا يحتاج إلى ذكر القبض، ولكن لا يتم ذلك إلا بالإشهاد، سواء كان مما يحتاج إلى قبض أم لا.

وإن كان الواهب للصبي أو الصبية غير الأب من أوليائه ففي ذلك خلاف في جواز تولي الإيجاب والقبول من طرف واحد كالخلاف الواقع في عقد البيع.

---

(١) نصت المادة الحادية عشرة من القانون على أنه يشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً له أهلية التملك، فإن كان صغيراً أو من كان في حكمه طبقت عليه المادة الخامسة من قانون الهبة، وفيها: أنه يقبل عن الصغير وليه ومن في حكم وليه وصيه، ونصت المادة الثانية عشرة على أن الهبة تصح للمساجد وجهات البر وغيرها ويقبل عنها من له الولاية عليها.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥/٦٦٠.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٨/٣٦٩٤.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ٥/٦٦١.

ويبدو أن الراجح في ذلك جواز تولى الواهب إن كان له ولاية أو وصاية طرفي العقد، لأن الهبة محض مصلحة لا تهمة فيها فيجوز أن يتولى طرفي العقد، كالأب، ورجح ذلك ابن قدامة المقدسي رحمه الله تعالى[١].

المطلب الثالث

في أنواع الهبة، وفيه مسألتان

المسألة الأولى: في بيان أنواع الهبة من حيث معناها.

المسألة الثانية: في بيان أنواع الهبة من حيث الشيء الموهوب.

أما المسألة الأولى، وهي بيان أنواع الهبة من حيث معناها فإنها تتنوع إلى نوعين.

النوع الأول: الهبة بغير عوض.

وهذا هو الأصل في معنى الهبة، كما تقدم في المبحث الأول، بأنها: تمليك عين أو منفعة في الحياة بغير عوض.

وهذه الهبة مستحبة، كالصدقة والهدية، وقد تقدم تفصيل ذلك في المبحث الأول.

النوع الثاني: الهبة بعوض.

ومعنى الهبة بعوض: أن يشترط في عقد الهبة المعاوضة، نحو: أن يقول: وهبتك هذا الشيء على أن تهبني كذا وكذا.

فتجوز هذه الهبة في مذهب جمهور الفقهاء، ويكون حكمها حكم البيع، فيثبت فيها خيار المجلس ونحوه، وتثبت فيها الشفعة إن كان الموهوب مما ثبتت فيه الشفعة، ويلزم العقد ولو لم يحصل قبض ويجب التساوي مع التقابض قبل

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥/٦٦٣.

التفرق في الربوي المتحد الجنس، ويشترط أيضاً أن يكون العوض معلوماً، فإن كان مجهولاً لم تصح الهبة لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم تصح كالبيع[1].

وتصح الهبة في مقابل عوض في مذهب الحنفية أيضاً، فهو يتفق مع مذهب الجمهور من حيث أنها تكون هبة وتأخذ حكم عقد البيع، إلا أنه لا يصح الرجوع فيها، لأنها تكون لازمة، كالبيع هذا إذا وجد في الهبة المشروط فيها عوض قبض.

أما إذا لم يوجد قبض فإنها تأخذ حكم الهبة بغير عوض وتأخذ حكم البيع أيضاً[2].

وإن كان العوض مجهولاً فلا تصح الهبة ولا تصح بيعاً، لتعذر صحتها بيعاً، لجهالة العوض، ولتعذر صحته هبة لذكر الثواب، وهذا مذهب عامة الفقهاء إلا قولاً نقل في مذهب الشافعية بأن الهبة تصح وإن كان العوض مجهولاً، لأن الهبة تقتضي الثواب. والمذهب أنها باطلة[3].

ولو قال المتهب للواهب: وهبتني بلا ثواب فقال الواهب: بل وهبتك بثواب فالقول قول المتهب مع يمينه، لأن الأصل في الهبة عدم ذكر البدل، هذا إذا كان قبل القبض.

وأما بعده فيحلف كل واحد منهما على ما أنكر ولا يثبت بيع ولا هبة[4].

إلا أن المالكية قالوا إذا كان الخلاف بعد القبض فالقول قول الموهوب له

---

(١) انظر كشاف القناع ٣٣١/٤، وتكملة المجموع ٢٢/١٥، وحاشية الدسوقي ١١٤/٤.

(٢) وخلاصة القول في مذهب الحنفية: أنه إذا اشترط الثواب في العقد فإنه يكون عقد هبة وجوازه جواز بيع، فلا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك قبل القبض، ولكل واحد منهما الرجوع قبل القبض فإن حصل قبض كان ذلك بمنزلة البيع وحكمها كحكمه من حيث الرد بالعيب وثبوت الشفعة ونحو ذلك، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف فنرقوا في الحكم قبل القبض وبعده.
وقال زفر: إنها تكون عقد بيع مطلقاً فتثبت أحكام البيع سواء كان قبل القبض أم بعده، كما هو الحال في مذهب جمهور الفقهاء، انظر بدائع الصنائع ٣٧٠٨/٨.

(٣) انظر مغني المحتاج ٤٠٥/٢.

(٤) انظر كشاف القناع ٣٣٢/٤، ومغني المحتاج ٤٠٧/٢.

إذا شهد بذلك عرف أو قرينة، كما لو كان مثل الواهب لا يطلب في هبته ثواباً[1].

المسألة الثانية: في بيان أنواع الهبة من حيث الشيء الموهوب وهي تتنوع إلى نوعين: هبة عين، وهبة منفعة.

النوع الأول: هبة العين.

والمراد بهبة العين: هي هبة الذات، فهبة ذات الشيء مع منفعته، ويطلق عليها: هبة عين، وهبة المنفعة دون العين يطلق عليها هبة منفعة.

وهذا التقسيم بناء على أن هبة المنفعة نوع من أنواع الهبة، وهو مذهب جمهور الفقهاء[2].

ويرى المالكية: أن تمليك المنفعة يعتبر إما وقفاً وإما عارية إنْ قيد بزمن، وإما عمرى إن قيد بحياة المعطى[3].

ويظهر من كلامهم: أن هبة المنفعة لا تعتبر نوعاً من أنواع الهبة، وسيتضح ذلك فيما سيأتي من بيان حكم العمرى والرقبى عند الفقهاء بإذن الله تعالى.

وما تقدم من الكلام في مبحث تعريف الهبة وأركانها، ومما سيأتي أيضاً في أحكام الهبة في المبحث الأخير فإنه يتناول الهبة بنوعيها، سواء كانت هبة عين أم هبة منفعة.

وإنما خصصنا في هذا المبحث هبة المنفعة بمسألة مستقلة لوجود الخلاف فيها عند الفقهاء ولتكون أسهل تناولاً وأحسن بياناً وعرضاً لمسائل الفقه بأسلوب فني جديد.

---

(١) انظر حاشية الدسوقي ١١٤/٤، وإن كان الخلاف قبل القبض فالقول قول المتهب مطلقاً مع يمينه.

(٢) وهبة المنفعة: هي العمرى والرقبى، قال ابن قدامة: العمرى والرقبى نوعان من الهبة يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره، انظر مغني ابن قدامة ٦٨٦/٥.
ومما يوضح لنا بأن هبة المنفعة تعتبر هبة: ما جاء في السراج الوهاج مع شرحه مغني المحتاج قوله: ولو قال أعمرتك هذه الدار فإذا مت فهي لورثتك، فهي هبة، انظر مغني المحتاج ٣٩٨/٢.

(٣) انظر حاشية الدسوقي ٩٧/٤.

النوع الثاني: هبة المنفعة.

والعمرى: مأخوذة من العمر وهو الحياة.

سميت بذلك: لأنهم كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول له: أعمرتك إياها، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك، فقيل لها: عمرى لذلك.

والرقبى: بوزن العمرى، مأخوذة من المراقبة، لأن كلا منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه، وكذلك ورثته يقومون مقامه[(١)].

حكم العمرى: ذكر الفقهاء للعمرى ثلاثة أحوال.

الحال الأول: أن يقول: أعمرتكها ويطلق، فلم يقيد بحياة ولا بموت ولا يذكر عقباً ولا غير ذلك.

الحال الثاني: أن يقول: هي لك مدة حياتك فإذا مت رجعت إلي.

الحال الثالث: أن يقول: هي لك ولعقبك من بعدك، أو يأتي بلفظ يشعر بالتأبيد[(٢)].

أ ـ أما الحال الأول، وهو الإطلاق: فتكون هبة صحيحة مؤبدة للموهوب له ولا ترجع إلى الواهب، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[(٣)] واحتجوا بحديث جابر: أن النبي ﷺ قضى بالعمرى أنها لمن وهبت له[(٤)].

وبحديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال «العمرى جائزة»[(٥)].

وبحديث جابر أيضاً، أن النبي ﷺ قال «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فمن أعمر عمرى فهي للذي أعمر حياً وميتاً ولعقبه»[(٦)].

---

(١) انظر فتح الباري ٢٣٨/٥.
(٢) انظر تكملة المجموع ٣١/١٥ ونيل الأوطار ١٧/٦.
(٣) انظر المراجع السابقة، ومغني ابن قدامة ٦٨٦/٥، وبدائع الصنائع ٣٦٧٢/٨.
(٤) رواه البخاري ومسلم، انظر فتح الباري ٢٣٨/٥، ونيل الأوطار ١٦/٦.
(٥) رواه البخاري ومسلم، انظر المرجعين السابقين.
(٦) رواه أحمد ومسلم، انظر نيل الأوطار ١٦/٦.

ب ـ وأما الحال الثاني: فإنها تكون هبة مؤبدة كذلك، فإذا قال رجل لآخر: هذه الدار لك مدة حياتك، أو إذا مت رجعت إلي فيلغو الشرط ويكون حكمها حكم الهبة، لأن اشتراط التأقيت فاسد.

وبهذا قال أكثر العلماء، وهو الأصح في مذهب الشافعية.

واحتجوا بالأدلة السابقة، وبحديث جابر أيضاً: أن رجلاً من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت، فجاء أخوته فقالوا: نحن فيه شرع سواء، قال: فأبي، فاختصموا إلى النبي ﷺ فقسمها بينهم ميراثاً[1]. ويرى المالكية: أنها عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر في كلا الحالين ـ أي حال الإطلاق وحال التقييد، وذكر شارح المهذب أنه أحد قولي الشافعي[2].

واحتجوا بما جاء في حديث جابر أنه قال «إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ: أن يقول هي لك ولعقبك»، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها[3].

جـ ـ وأما الحال الثالث: وهي أن يقول: هي لك ولعقبك من بعدك، فإنها تكون هبة مؤبدة، بل هي أولى بهذا الحكم من الحالين السابقين وهذا مذهب جمهور الفقهاء.

ويرى المالكية: أنها في حكم الوقف عندهم، فإذا انقرض المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب[4].

وقد رجح كثير من الفقهاء منهم العلامة الشوكاني: بأن العمرى تكون مؤبدة في الأحوال الثلاثة، لأن الأحاديث السابقة تدل على أن العمرى للمعمر وعقبه، سواء كانت مطلقة أم مقيدة.

---

(١) رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح، ذكر ذلك الشوكاني نقلاً عن ابن رسلان في شرح السنن، وقال أيضاً: أخرجه أبو داود وسكت عنه المنذري، انظر نيل الأوطار ١٦/٦.

(٢) انظر حاشية الدسوقي ١٠٨/٤، وجواهر الإكليل ٢١٤/٢، وتكملة المجموع ٣١/١٥.

(٣) رواه أحمد ومسلم وأبو داود، انظر نيل الأوطار ١٦/٦.

(٤) انظر المراجع السابقة.

وقالوا أن ما نقل في حديث جابر فلا ينهض لمعارضة الأحاديث السابقة، لأنها معلولة بالإدراج، فترجح الأحاديث الدالة على أنها ملك للموهوب له والله تعالى أعلم(١).

حكم الرقبى:

والرقبى: أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك إن مت عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، وكأنه يقول: هي لآخرنا موتاً، وبذلك سميت رقبى.

ولا فرق في مذهب جمهور الفقهاء بين الرقبى والعمرى، ومما يدل على ذلك حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ قال «لا تعمروا ولاترقبوا، فمن أعمر شيئاً وأرقبه فهو له حياته ومماته»(٢).

ويرى المالكية وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن: أن الرقبى باطلة، لأنه تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بخطر(٣).

وقالوا: إن الرسول ﷺ نهى عنها، كما جاء ذلك في حديث جابر السابق وغيره.

ورد الجمهور على ذلك: بأن النهي الوارد في ذلك هو لأمر خارج وهو حفظ الأموال.

والحديث يدل على جوازها فالعمل به أولى، والله تعالى أعلم(٤).

---

(١) وقد فصل قانون الأحوال الشخصية فقال في المادة ٥٥: العمرى المطلقة تقع على سبيل التأبيد، وقال في المادة ٥٦: العمرى المؤبدة تقع هبة وتأخذ أحكام الهبة وشروطها، وقال في المادة ٥٧ العمرى المؤقتة عارية وتأخذ حكم العارية وشروطها، وهذا هو مذهب الهادوية، انظر التاج المهذب ٢٧٨/٣.

(٢) رواه أحمد والنسائي ورجال إسناده ثقات، انظر فتح الباري ٢٤٠/٥.

(٣) انظر مغني ابن قدامة٦٩٠/٥، وبدائع الصنائع ٣٦٨٣/٨، ونقل عن الزهري: أن الرقبى وصية، لأن معناها: إذا مت فهي لك.

(٤) وأخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب الجمهور فقال في المادة ٥٨ منه: الرقبى كالعمرى تأخذ حكمها، إلا أنه ذكر فيها تفصيلاً كما فصل ذلك في العمرى.

وقال بعض الفقهاء: لاتصح العمرى ولا الرقبى.

واستدلوا بحديث عطاء: أن رسول الله ﷺ نهى عن العمرى والرقبى[1].

وجاء مرفوعاً عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته»[2].

فالحديث الأول مرسل، وأما حديث ابن عمر فقد صححه العلماء.

والنهي في حديث عطاء بناء على أنه يحتج به يحمل على ما حمل حديث ابن عمر من أنه خارج عن حكم العقد في العمرى والرقبى والله تعالى أعلم[3].

المطلب الرابع

في أحكام الهبة ونحوها من العطايا

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال.

أحدها: أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فيكون الموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف يشاء، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[4].

واستدلوا بحديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج النبي ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت علي فهي لك»، قالت: وكان كما قال رسول الله ﷺ، وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة[5]. فإن قبض النبي ﷺ الهدية بعد

(١) ذكره ابن حجر في فتح الباري وهو مرسل، انظر الفتح ٢٤٠/٥.

(٢) تقدم الحديث في الفتح، انظر أيضاً في نيل الأوطار ١٦/٦.

(٣) ويتضح لنا: بأن العمرى والرقبى تكون هبة مؤبدة، إلا أن الهبة إذا وقتت بغير العمرى لم تصح، فلو قال: وهبتك لسنة أو إلى قدوم الحاج ونحو ذلك لم تصح، لأنها تمليك للرقبى فلم تصح مؤقتة كالبيع، انظر مغني ابن قدامة ٦٩١/٥.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٣٦٨٨/٨ ومغني المحتاج ٤٠٠/٢.

(٥) رواه أحمد والطبراني والحاكم، قال ابن حجر: وإسناده حسن، انظر فتح الباري ٢٢٢/٥.

رجوعها دل على أن الهدية ونحوها مثل الهبة لا تملك بمجرد الإهداء بل لا بد من القبول، ولو كانت تملك بمجرد الإهداء لما قبضها النبي ﷺ لأنها قد صارت ملكاً للنجاشي عند بعثه ﷺ بها فإذا مات بعد ذلك صارت لورثته.

قالوا: ولأنها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم، فتصير عقد ضمان.

ولا فرق بين المكيل والموزون.

ثانيها: أن الهبة تلزم بمجرد العقد، ويجبر الواهب على إقباضها، إلا إذا مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة.

وهذا مذهب المالكية[1].

واستدلوا بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال «العائد في هبته كالعائد في قيئه».

وفي رواية أن النبي ﷺ قال: «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»[2].

وقالوا أيضاً: لأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد، كالوقف والعتق، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض، كالبيع ولا فرق بين المكيل والموزون وبينهما عندهم.

ثالثها: التفريق بين المكيل والموزون وبين غيره.

فإن كانت الهبة مكيلاً أو موزوناً فلا تلزم إلا بالقبض، وان كانت غير مكيل أو موزون تكون لازمة بمجرد العقد.

---

(١) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٩، وقد أخذ القانون بمذهب المالكية فيما يظهر من مادته ٢٣ قال فيها: يلزم الواهب بعد القبول بتسليم الموهوب له الموهوب أو تمكينه منه، وقال في المادة ١٣: إذا مات الموهوب له قبل قبول الهبة بطلت، أما إذا مات بعد القبول قام ورثته مقامه في قبض الموهوب، إلا أن المفهوم من مذهب المالكية أن الهبة تبطل بالموت حتى ولو حصل قبول ما دام أنه لم يحصل حوز للهبة، وتلزم الهبة بالإيجاب والقبول عند الهادوية، انظر التاج المهذب ٣/٢٦١.

(٢) رواه البخاري بهذا اللفظ، وفي صحيح مسلم عن ابن عمر نحوه، انظر فتح الباري ٥/٢٣٤، وشرح النووي لمسلم ٤/١٤٥.

وهذا قول في مذهب الحنابلة، ونقل ذلك عن مالك وأبي ثور[١].

واستدلوا: بأن الهبة أحد نوعي التمليك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله، كالبيع، فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض، وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبله، وهو ما عدا ذلك[٢].

والذي يظهر لي: أن القول الأول هو الراجح، وهو أن الهبة لا تملك ولا تلزم إلا بالقبض، وإن قياسها على البيع فاسد، لأن البيع عقد معاوضة وهي عقد إرفاق كالقرض، فقياسها على القرض أولى والله تعالى أعلم[٣].

٢ ـ لا يحل للواهب أن يرجع في هبته ولا للمهدي أن يرجع في هديته، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[٤].

واستدلوا بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**العائد في هبته كالعائد يعود في قيئه**».

وفي رواية «ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»[٥].

---

(١) واختار هذا القول ابن عقيل الحنبلي، انظر كشاف القناع ٣٣٢/٤، ومغني ابن قدامة ٦٥٣/٥.

(٢) وتبطل الهبة بموت الواهب قبل القبض حتى ولو كان الموت بعد الإذن بالقبض، سواء كان الموهوب مكيلاً أم موزوناً أم من غيرها، هذا فيما يظهر من مذهب الحنابلة، وهو يتفق مع مذهب المالكية من حيث بطلانها بالموت، انظر مغني ابن قدامة ٦٥١/٥.

ولا يعتبر القبض إلا بإذن الواهب، فلو قبضها الموهوب له بغير إذن الواهب لن تتم الهبة ولم يصح القبض، ولو أذن الواهب في القبض ثم رجع قبل القبض صح رجوعه، لأن الإذن لا يعتبر قبضاً، فإن رجع بعد القبض لم ينفعه رجوعه، لأنها تلزم بالقبض انظر المرجع السابق.

ولو قبض الهبة بدون إذن ولا إقباض لم يملكها ودخلت في ضمانه، سواء في مجلس العقد أم بعده، انظر مغني المحتاج ٤٠٠/٢.

(٣) ذكر بعض الفقهاء: أن ما يعتاد الناس من أن الزوج يعطي زوجته صباح ليلة دخوله بها فإن الزوجة تملكه بمجرد القبض من غير إيجاب ولا قبول وإن كان عقاراً، فإن لم يعطها شيئاً ثبت في ذمته لها على قدر ما جرى به العرف من مثله لمثلها ويجبر عليه إذ قد صيره العرف بعد الدخول واجباً شرعاً، انظر التاج المهذب شرح الأزهار ٢٧٤/٣.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ٦٨٢/٥، وتكملة المجموع ١٧/١٥، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٨.

(٥) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، تقدم في المسألة الأولى من هذا البحث.

فالحديث يدل على تحريم الرجوع في الهبة، لأن الرجوع في القيء حرام فالمشبه به مثله.

واستدلوا أيضاً بحديث طاووس عن ابن عمر وابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه»(1).

فإن قوله: «لا يحل»، دليل على التحريم.

واستثنى الجمهور هبة الوالد فإنه يجوز له أن يرجع فيما يهبه لولده، لحديث طاووس السابق فإن الرسول ﷺ استثناها. وكذلك الأم مثل الأب فيجوز لها أن ترجع فيما وهبت لولدها، لأن الحديث يشملها، وقال بذلك أكثر الفقهاء.

وقال بعضهم: لا يحل لها أن ترجع، لأن رجوع الأب مخالف للقياس، فلا تقاس عليه، لأن الحكم خاص به(2).

ويرى الحنفية والهادوية: أنه يحل الرجوع في الهبة(3).

واستدلوا بقوله تعالى ﴿وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها﴾(4).

---

(1) رواه الخمسة وصححه الترمذي، ورواه أيضاً ابن حبان والحاكم وصححاه، انظر نيل الأوطار ١٢/٦.

(2) انظر نيل الأوطار ١٤/٦، قال الشوكاني رحمه الله تعالى نقلاً عن المالكية: أنهم فرقوا بين الأب والأم فقالوا: للأم أن ترجع إذا كان الأب حياً دون ما إذا مات، وقيدوا رجوع الأب بما إذا كان الابن الموهوب له لم يستحدث ديناً أو ينكح، ثم قال: وبذلك قال إسحاق، ثم قال: والحق: أنه يجوز للأب أن يرجع مطلقاً، وكذلك الأم إن صح أن لفظ الوالد يشملها لغة أو شرعاً، لأنه خاص، وحديث المنع من الرجوع عام فيبنى العام على الخاص، انظر نيل الأوطار ١٤/٦، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٨.

ونصت المادة ٢٩ من القانون على أنه يشترط في جواز الرجوع في الهبة ما يلي:

١ - أن تكون الهبة الشرعية لغرض - مصلحة - ظاهرة أو مضمرة تدل عليه قرائن الحال وتعذر تحقيق الغرض.

٢ - أن يكون الواهب أباً أو أماً للموهوب له.

٣ - أن يكون للواهب عذر تحقق بعد الهبة بأن أصبح فقيراً عاجزاً عن الكسب.

(3) انظر بدائع الصنائع ٣٨٩٨/٨، والتاج المذهب ٢٦٧/٣، ونيل الأوطار ١٢/٦.

(4) سورة النساء، آية ٨٦.

فقالوا: إن التحية تستعمل في معانٍ من السلام والثناء والهدية بالمال، ولكن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأعراض، لأنه عبارة عن إعادة الشيء وذلك لا يتصور في الأعراض، والمشترك يتعين أحد وجوهه بالدليل.

واستدلوا بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»[١].

وقالوا: أنه إجماع من الصحابة، فإنه نقل عنهم ذلك ولم ينقل خلافه فيكون إجماعاً.

وقالوا أيضاً: أن العوض بالمال قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب، فإن الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة، فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعاً، قال الله تعالى ﴿**هل جزاء الإحسان إلا الإحسان**﴾[٢].

وقالوا في حديث ابن عباس: إنه لا يدل على التحريم، ولذلك شبه الرجوع برجوع الكلب في قيئه ورجوعه غير متعين، فالقيىء ليس حرام عليه، فأقل شيء يدل على الكراهة فقط من حيث القبح الطبيعي فلا يوصف بالحرمة الشرعية، وأما قوله في حديث طاووس «لا يحل»، فإنه يحمل على نفي الحل من حيث المروءة والخلق لا من حيث الحكم، لأن نفي الحل يحتمل ذلك[٣].

واستثنى الحنفية والهادوية الهبة لذي رحم محرم، فقالوا: لا يحل الرجوع فيها.

---

(١) رواه ابن ماجه والدارقطني وابن أبي شيبة وفي إسناده ضعف، وفي رواية عن ابن عمر مرفوعاً: «من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يثب منها»، رواه البيهقي وصححه الحاكم، انظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٨٤/٢، ونيل الأوطار ١٣/٦.

(٢) سورة الرحمن، آية ٦٠.

(٣) واشترطوا لجواز الرجوع شروطاً منها: أن يكون الموهوب باقياً، فلو هلك لا يرجع بقيمته، ومنها: أن لا يخرج الموهوب من ملك الواهب بأي سبب من الأسباب ومنها: أن لا تكون العين زادت في يد المتهب زيادة متصلة، بخلاف ما لو نقصت فإن نقصانها لا يمنع من الرجوع فيها، ومنها: موت الواهب، فإذا مات فليس لوارثه أن يرجع في هبة مورثه، وكذلك الموهوب له في مذهب الهادوية، انظر بدائع الصنائع ٣٧٠٠/٨ و٣٧٠٢، والتاج المذهب ٢٦٧/٣ - ٢٦٩.

واستدلوا بحديث سمرة: ان النبي ﷺ قال: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»[1].

وبحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»[2]. أي لم يعوض منها.

قالوا: وصلة الرحم عوض معنى، لأن التواصل يسبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب الثواب في الدار الآخرة، فكان أقوى من المال.

وقالوا في حديث طاووس: أن النهي فيه يحمل على شراء الموهوب، لكنه سماه رجوعاً مجازاً لتصوره بصورة الرجوع، لحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ، فقال: «لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»[3].

قالوا: إنّ عمر قصد الشراء لا العودة في الصدقة، لكنه سماه عوداً لتصوره بصورة العود[4].

وما استدل به الجمهور فهو أصح من أدلة الحنفية ومن معهم، وعلى ذلك فإن مذهب الجمهور هو الراجح، والله تعالى أعلم.

ولو فرضنا أن دليلهم صحيح فإنه يحمل على العموم فإن الرحم يشمل الابن وغيره فيخصص بحديث طاووس، فيكون المعنى: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته سواء كانت الهبة لرحم محرم أم لغيره إلا الوالد فيما يهب لولده[5]. والله تعالى أعلم.

---

(١) رواه الحاكم، ورواه الدارقطني عن ابن عباس، وسنده ضعيف، انظر نيل الأوطار ١٣/٦.
(٢) رواه ابن ماجه والدارقطني وابن أبي شيبة وفي إسناده ضعف، انظر الدراية ١٨٤/٢.
(٣) رواه البخاري انظر فتح الباري ٢٣٥/٥.
(٤) انظر بدائع الصنائع ٣٧٠٩/٨.
(٥) انظر نيل الأوطار ١٤/٦، ومغني ابن قدامة ٦٨٣/٥، هذا بالنسبة للهبة، أما الصدقة فلا يصح الرجوع فيها مطلقاً، قال ابن قدامة: لا يجوز للمتصدق أن يرجع في صدقته في قولهم جميعاً، انظر مغني ابن قدامة ٦٨٤/٥. ونص القانون في المادة ٣٠ في بيان شروط الرجوع=

٣ ـ لا يجوز تفضيل بعض الأولاد على بعض في الهبة ونحوها.

وهذا أحد قولين للفقهاء، وأخذ به الحنابلة والظاهرية ونقل ذلك عن بعض فقهاء التابعين(١).

واستدلوا بحديث النعمان بن بشير: أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً، فقال النبي ﷺ: «أكل ولدك نحلت مثله»؟ قال: لا، قال: «فارجعه»(٢).

وفي رواية: أن رسول الله ﷺ قال لأبي النعمان: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا»؟ قال: لا، قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»، قال فرجعَ فرد عطيته(٣).

وفي رواية عن جابر قال: قالت امرأة بشير: انحل ابني غلاماً واشهد لي رسول الله عليه، فأتى رسول الله ﷺ فقال: «إن ابنة فلان سألتني أن أنحل ابنها غلامي»، فقال له: «له أخوة»؟ قال: نعم، قال: «فكلهم أعطيت مثل ما أعطيته»؟ قال: لا، قال: «فليس يصلح هذا، وإني لا أشهد إلا على حق»(٤).

= في الهبة فذكر فيها إضافة إلى ما تقدم في المادة السابقة:

٥ ـ أن لا تكون الهبة بين زوج وزوجته.

٦ ـ أن لا تكون الهبة لذي رحم محرم غير الولد.

٧ ـ أن لا تكون الهبة صدقة، وفي هبة المرأة لزوجها قولان للفقهاء: **أحدهما**: لا رجوع لها فيها وهو قول الجمهور. **ثانيهما**: إن لها الرجوع ونقل ذلك عن أحمد وعن بعض فقهاء التابعين، انظر مغني ابن قدامة ٥/٦٨٣.

وقال الحنيفة: لا يرجع كل واحد من الزوجين فيما وهبه لصاحبه، لأن صلة الزوجية تجري مجرى القرابة الكاملة، بدليل أنه يتعلق التوارث في جميع الأحوال، فلا يدخلها حجب حرمان، والقرابة الكاملة مانعة من الرجوع، فكذا ما يجري مجراها، انظر بدائع الصنائع ٨/ ٣٧١٢.

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥/٦٦٤، والمحلى لابن حزم ١٠/١١٣.

(٢) رواه البخاري ومسلم انظر فتح الباري ٥/٢١٠، وشرح النووي لصحيح مسلم ٤/١٤٨.

(٣) رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري، انظر المرجعين السابقين.

(٤) رواه أحمد ومسلم وأبو داود، انظر شرح مسلم للنووي ٤/١٥٢، ونيل الأوطار ٦/٨، وهناك ألفاظ في رواية الحديث مختلفة منها أنه قال له: «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء»؟ قال: بلى، قال: «فلا إذاً»، وفي رواية قال له: «فكلهم أعطيته مثل هذا»؟ قال: لا، قال: «فلا تشهدني على جور»، انظر صحيح مسلم مع شرح النووي ٤/١٥١.

وقال بعض فقهاء الحنابلة: إن التسوية تكون واجبة إذا لم يوجد معنى يبيح التفضيل، أما إذا وجد معنى يبيح التفضيل فلا تجب التسوية حينئذ.

وذلك مثل: اختصاص أحدهم بحاجة، أو زمانة، أو عمى، أو كثرة عائلة، فيجوز تخصيص من وجد فيه هذه المعاني ونحوها.

ويجوز للأب أيضاً أن يصرف العطية عن بعض ولده إذا وجد فيه معصية لله تعالى، كبدعة أو عقوق أو يصرف ما يأخذه في معصية الله تعالى.

واحتجوا بفعل أبي بكر الصديق: أنه خصص ابنته عائشة عشرين وسقاً من ماله[1].

قالوا: وما فعل ذلك إلا لامتيازها بالفضل[2].

وقال بعضهم: لا يجوز التفضيل مطلقاً، وهذا قول أكثر فقهاء الحنابلة، وهو المرجح في مذهبهم، وهو مذهب الظاهرية[3].

واحتجوا بظاهر حديث النعمان بن بشير، وهو يدل على وجوب التسوية مطلقاً، فإن النبي ﷺ لم يستفصل في ذلك، وأما فعل الصديق فإنه يحتمل أنه نحل معها غيرها، وأنه نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها فأدركه المرض.

والظاهر: أن القول بجواز التفضيل للأسباب المذكورة هو الراجح، وأن ذلك يتفق مع قواعد الشرع العامة، ويفهم من قول النبي ﷺ «أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء».

فيفهم من ذلك: أنهم إذا لم يكونوا سواء في البر فلا يلزمه التسوية بينهم، وبذلك قال فقهاء الشافعية، فذكروا في قولهم: إنه يستثنى العاق والفاسق إذا علم أنه يصرفه في المعاصي فلا يكره حرمانه[4].

---

(١) هذا حديث صحيح أخرجه مالك بسنده عن عائشة وفيه: قال لها: لو كنت حددتيه واحترتيه كان ذلك وإنما هو اليوم مال الوارث فاقتسموه على كتاب الله تعالى، انظر إرواء الغليل ٦١/٦.

(٢) انظر كشاف القناع ٣٤٤/٤ و٣٤٥.

(٣) انظر كشاف القناع ٣٥٣/٤، والمحلى ١١٣/١٠، وشرح صحيح مسلم للنووي ١٤٩/٤.

(٤) انظر مغني المحتاج ٤٠١/٢.

وقال بذلك أيضاً بعض فقهاء الحنفية[1].

القول الثاني: أن التسوية في العطاء بين الأولاد مستحبة وليست بواجبة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

وقالوا إن حديث النعمان بما فيه من الروايات المختلفة تدل على الاستحباب فقط ولا تدل على الوجوب.

وحملوه على الاستحباب: لرواية «فأشهد على هذا غيري»، قالوا: ولو كان حراماً أو باطلاً لما قال هذا الكلام.

وتحمل رواية «لا تشهدني على جور»، ونحو ذلك على أن ذلك مكروه كراهة تنزيه وليس بحرام، لأن الجور هو الميل عن الاستواء والاعتدال وكل ما خرج عن الاعتدال فهو جور، سواء كان حراماً أم مكروهاً.

واستدلوا على جواز التفضيل بحديث عائشة «أن أباها نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله، فلما حضرته الوفاة قال لها: يا بنية ما من الناس أحب إلي غنىً بعدي منك، ولا أعز علي فقراً بعدي منك، وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً، فلو أنك جددتيه واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث»[3].

فهذا يدل على جواز التفضيل، إلا أن التسوية تستحب تأليفاً للقلوب، والتفضيل يورث الوحشة بين الأولاد فكانت التسوية أولى والتفضيل مكروه.

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٦٩٧/٨.

(٢) انظر المصادر السابقة ومغني ابن قدامة ٦٦٤/٥، والتاج المذهب ٢٧٤/٣، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٧، وقد خالف قانون الأحوال الشخصية جمهور الفقهاء وأخذ بمذهب الظاهرية والحنابلة فقال في المادة ١٦: تجب المساواة في الهبة بين الأولاد فقط وإنما جعلها واجبة في جميع الورثة، وسيأتي تفصيل ذلك بإذن الله تعالى.

(٣) تمام الحديث: وإنما هو أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله قالت عائشة: فقلت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته، وإنما هي أسماء فمن الأخرى فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية، انظر الحديث في موطأ الإمام مالك مع شرح الزرقاني ٤٤١/٤، وقال الألباني: صحيح، انظر إرواء الغليل ٦١/٦.

واستدلوا أيضاً بدليل عقلي، وهو: أن الأب تصرف في خالص ملكه لاحق لأحد فيه، وإن كان هذا التصرف لا يكون عدلاً لكنه ينفذ حكماً بناء على أن التسوية ليست بواجبة[1].

ويبدو لي أن القول بوجوب التسوية هو الراجح، إلا ما استثني من ذلك، وهو فيما إذا وجد سبب يقتضي تفضيل بعضهم على بعض، كما هو مبين في الاستثناء في القول الأول، لأن الروايات المختلفة في حديث النعمان تدل على الوجوب فإن احتمالها للوجوب أرجح من احتمالها للاستحباب فيما يظهر لي، والله تعالى أعلم.

وأما الاستدلال بفعل أبي بكر، فإنه يمكن أن يكون ذلك اجتهاداً منه، فالعمل بقول الرسول ﷺ أولى من ذلك.

ويحتمل أيضاً أنه نحل كل أبنائه مثل ما نحل عائشة، وأيضاً فإن الهبة لم تتم لعائشة، لأنها لم تقبضها، كأنه لم يعطها شيئاً، لذلك لا دلالة فيه، وأما استدلالهم بالقياس فلا يتم لهم ذلك، لأن القياس مع وجود النص يعتبر فاسداً، والله تعالى أعلم.

- وهل الأقارب غير الأب كالأب في لزوم التسوية في العطية؟

يرى بعض الفقهاء: أنه تشرع التسوية لكل الأقارب، كالاخوة والأخوات والأعمام وبني الأعمام فيسوون في الهبة والوصية ونحو ذلك، لأن المفاضلة بين الوارثين جور وانحراف عن العدالة، وأنه يورث العداوة بين الأقارب، لأنهم في معنى الأولاد، فيشملهم الحكم، لأنهم وارثون[2].

ويرى جمهور الفقهاء: أن هذا الحكم خاص بالأولاد ولا يجري في غيرهم من الأقارب، لأن الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء، وإنما وجبت

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٣٦٩٨/٨.

(٢) وهذا مذهب الهادوية ونقل ذلك عن أبي الخطاب من فقهاء الحنابلة، وأخذ به القانون كما جاء ذلك في المادة ١٦ فقال: تجب المساواة في الهبة بين الأولاد وبين الورثة بحسب الفريضة الشرعية، وانظر التاج المذهب ٢٧٤/٣، ومغني ابن قدامة ٦٦٧/٥.

التسوية ـ أو ندبت ـ على الخلاف الواقع بين الفقهاء، للأدلة الواردة في ذلك، لأنهم ملزمون ببر والدهم على السواء، فلزمه أن يسوي بينهم في العطية، ولذلك علل النبي ﷺ بقوله: «أيسرك أن يستووا في برك»؟ قال: نعم قال: «فسو بينهم»[1].

إلا الأم فإنها مثل الأب فيحرم عليها ـ أو يكره ـ أن تفضل بين أولادها، لعموم قوله ﷺ: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم».

ولأنها أحد الوالدين فيشملها النص[2].

ـ وهل يسوى في العطية بين الذكر والأنثى؟

يرى جمهور الفقهاء: أنه يسوى بين الذكر والأنثى، لأن النبي ﷺ قال لأبي النعمان: سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء[3].

ولأن البنت كالابن في استحقاق برها، وكذلك في عطيتها، ولأنها عطية في الحياة فاستوى فيها الذكر والأنثى، كالنفقة والكسوة[4].

ويرى بعض الفقهاء: أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى في الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين.

وهذا مذهب الحنابلة والهادوية وهو قول إسحاق ونقل عن محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية، ونقل أيضاً عن بعض فقهاء الشافعية والمالكية[5].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٦٦٧/٥، والمحلى ١١٣/١٠، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٧.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٦٦٨/٥ ويظهر لي أن التسوية بين الأقارب سواء كانوا أولاداً أم غير أولاد هي العدل، قال بعض فقهاء الشافعية: ولا شك أن التسوية بينهم مطلوبة لكن دون طلبها في الأصول والفروع، ثم قال: روى البيهقي في الشعب عن سعد بن العاص أن النبي ﷺ قال: «حق كبير الأخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده»، وفي رواية: «الأكبر من الأخوة بمنزلة الأب»، انظر مغني المحتاج ٤٠١/٢.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي من طريقه عن ابن عباس قال الحافظ ابن حجر: وإسناده حسن، انظر فتح الباري ٢١٤/٥.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ٦٦٦/٥، ومغني المحتاج ٤٠١/٢، والمحلى ١١٣/١٠.

(٥) انظر فتح الباري ٢١٤/٥، وكشاف القناع ٢٤٣/٤، والتاج المذهب ٢٧٤/٣، وبدائع الصنائع ٣٦٩٦/٦.

واحتجوا بما شرع الله تعالى في قسمة المواريث فإنه يقتدى بذلك.

ولأن الذكر أحوج من الأنثى من قبل أنهما إذا تزوجا جميعاً فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك، فكان الأولى بالتفضيل لزيادة حاجته(١).

ويحمل الأمر بالتسوية الواردة في الحديث: بأنه أراد التسوية في أصل العطاء لا في صفته، فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه، والذي يظهر لي: أن القول الأخير ـ وهو أن للذكر مثل حظ الأنثيين ـ هو الراجح، وأن التسوية التي عناها النبي ﷺ هي أن يعطى الذكر مثل حظ الأنثيين، هذا ما يظهر لي والله تعالى أعلم.

وأن ذلك يعتبر عدلاً لا جوراً، فإذا اعتبر الوالد العطية مثل الميراث كان ذلك عدلاً منه ويحصل الرضى للجميع.

٤ ـ إذا فاضل الأب بين أولاده لزمه أن يسترد الفاضل أو يعطى بقية الورثة حتى يسوِّي بينهم.

فإن مات ولم يسترد الفاضل ثبتت الهبة للموهوب له، وكانت حينئذ لازمة، وليس لبقية الورثة الرجوع.

وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء(٢).

واستدلوا بقول أبي بكر لعائشة لما نحلها: لو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث.

فإنه يدل على انها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع.

ويرى بعض الفقهاء: أن الهبة لا تلزم وللورثة أن يرتجعوا فيها.

---

(١) وأخذ القانون بهذا المذهب فنص في المادة ١٦ على أنه تجب المساواة في الهبة بين الورثة بحسب الفريضة الشرعية.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٦٧٦/٥.

وهذا رواية عن الإمام أحمد ونقل ذلك عن بعض فقهاء التابعين منهم إسحاق ابن راهويه.

واحتجوا: بأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً، فقال: «لا تشهدني على جور»، والجور: هو الحرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطي تناوله، والموت لا يغيره من كونه جوراً حراماً فيجب رده[1].

والظاهر أن هذه الهبة يكون حكمها حكم الوصية، فإن أجازها الورثة صحت، وإلا بطلت، بناء على ما رجحناه في المسألة السابقة من أن التسوية واجبة، فإذا أعطى الأب بعض أولاده دون بعض وجب عليه أن يسترجع ما أعطاه، والله تعالى أعلم[2].

٥ ـ إذا وهب المريض ثم مات كانت هبته في ثلث ماله، كالوصية، فإن كانت لأجنبي نفذت في الثلث، ونقل الاتفاق على ذلك.

وإن كانت لوارث فتنفذ إذا أجازها الورثة[3].

والمراد بالمرض: هو المخوف، وهو ما يؤدي إلى إنهاء الحياة في الغالب ويجري مجرى المرض كل ما يخاف منه الموت، كالوقوف بين الصفين وقرب الحامل من الوضع، وراكب البحر المرتج[4].

فإن صح الواهب صحت الهبة.

وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء[5].

ويرى الظاهرية: أن هبة المريض تنفذ من رأس المال، سواء كانت لوارث أم

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) ونصت المادة ١٩ من القانون على أن الهبة للوارث ووارثه في حياته تأخذ حكم الوصية إلا فيما استهلكه الموهوب له في حياة الواهب حقيقة أو حكماً.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٦٦٧/٥، وبداية المجتهد ٣٢٧/٢.

(٤) انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٧.

(٥) انظر المرجع السابق ومغني ابن قدامة ٦٧٧/٥، والتاج المذهب ٢٧٠/٣.

لغير وارث، ولا فرق بين المريض والصحيح عندهم.

واستدلوا بعموم الآيات والأحاديث التي تحث على الصدقة.

قالوا: ولو أراد الله تخصيص شيء من ذلك لبينه[1].

ويعتبر رأي الظاهرية في هذه المسألة مخالفاً لما اتفق عليه الفقهاء. فقد نقل الإجماع على أن الهبة في حال المرض المخوف كالوصية إذا مات المريض من ذلك المرض، ويعتبر هذا الاتفاق المنقول مخصصاً لعموم الأدلة التي استدل بها الظاهرية.

٦ ـ **لا يحتاج الرجوع في الهبة إلى حكم حاكم،** وإنما يكفي أن يقول: رجعت فيها، أو ارتددتها، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، وجواز الرجوع خاص للأب فيما وهب لولده، فله أن يرجع فيها سواء قبضها الولد أم لم يقبضها، وسواء كان الولد غنياً أم فقيراً، وسواء كان كبيراً أم صغيراً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء[2].

ويرى الحنفية: أن الرجوع في الهبة حق للأجنبي فقط، فلا رجوع لرحم محرم ولا لأحد الزوجين على الآخر، لأن الزوجية تجري مجرى القرابة الكاملة، ولا رجوع لغني فيما وهبه لفقير، لأن الهبة للفقير صدقة، والصدقة لا رجوع فيها، وإن الرجوع في الهبة يكون بالتراضي وهو الفسخ بالإقالة، أو بحكم حاكم ويعتبر فسخاً[3].

ونقل عن أبي حنيفة: أن الرجوع في الهبة لا يصح إلا بقضاء قاض، لأن ملك الموهوب له مستقر[4].

---

(١) انظر المحلى ٤٨٢/١٠.

(٢) انظر مغني المحتاج ٤٠١/٢، وقال بعض الفقهاء: إن الرجوع خاص بالأب والأم فقط، فلا يشمل الجد ولا الجدة، وقال بعضهم: إنه يشمل الأصول الجد والجدة، بجامع أن لكل ولادة، انظر مغني المحتاج ٤٠١/٢ و٤٠٢.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٣٧٠٩/٨ ـ ٣٧١٤ وقد نقل الاتفاق على أن ما وهبه الزوج لزوجته لا رجوع فيه، والخلاف في هبة الزوجة لزوجها، فمذهب الحنفية ليس لأحدهما الرجوع، وفي قول: أن للزوجة الرجوع فيما وهبته لزوجها، انظر مغني ابن قدامة ٦٨٣/٥ ونقل الاتفاق على أن الصدقة لا يجوز الرجوع فيها، انظر المرجع السابق ٦٨٤/٥.

(٤) انظر المرجع السابق

٧ ـ لا يجوز للأب أن يأخذ من مال ولده من غير حاجة، إلا إذا أعطاه ولده بطيب نفس منه.

أما إذا كان لحاجة فله أن يأخذ بقدر حاجته وإن لم يعطه ولده. وهذا مذهب جمهور الفقهاء[١].

واستدلوا بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ خطب الناس يوم النحر فقال في خطبته: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»، فأعادها مراراً[٢].

وبحديث ابن عباس أيضاً أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس»[٣].

ولأن ملك الابن تام على نفسه فلا يجوز للأب انتزاعه بدون حاجة.

وقال بعض الفقهاء: للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ولو بغير حاجة إلا أنه يشترط في ذلك: ألا يجحف بالابن ولا يَضُرّ به، ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجة الابن، وأن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه لآخر، لأنه لا يجوز له أن يخصص بعض ولده من مال نفسه بعطية، فلا يجوز له أن يأخذ من مال ولده فيعطيه آخر من باب أولى[٤].

واستدلوا على جواز الأخذ من مال الولد ولو بدون حاجة بما يأتي:

١ ـ بحديث عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم»[٥].

وفي لفظ «ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً»[٦].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٦٧٨/٥.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر فتح الباري ٥٧٣/٣، وشرح النووي لصحيح مسلم ٣٤٣/٣.

(٣) قال العجلوني: رواه الديلمي عن أنس، انظر كشف الخفاء ٣٧٠/٢.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ٦٧٨/٥.

(٥) رواه الخمسة، ولفظه في سنن أبي داود: «وإن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه»، قال المنذري: وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي: حسن، انظر عون المعبود ٤٤٥/٩.

(٦) رواه بهذا اللفظ أحمد، انظر نيل الأوطار ١٤/٦.

٢ ـ وبحديث جابر: أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيك»[١].

٣ ـ وبحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن أعرابياً أتى النبي ﷺ فقال: إن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: «أنت ومالك لوالدك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً»[٢].

قال الشوكاني رحمه الله تعالى: وبمجموع هذه الطرق للأحاديث يحتج بها على أن الرجل مشارك لولده في ماله، فيجوز له الأكل منه، سواء أذن الولد أم لم يأذن، ويجوز له أن يتصرف به كما يتصرف بماله، ما لم يكن ذلك على وجه السرف والسفه[٣].

وقالوا أيضاً: أن الولد موهوب لأبيه، كما أخبر الله سبحانه بقوله ﴿**ووهبنا له إسحاق ويعقوب**﴾[٤].

وقوله تعالى ﴿**ووهبنا له يحيى**﴾[٥].

وقال زكريا ﴿**فهب لي من لدنك ولياً**﴾[٦].

وقال إبراهيم ﴿**الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق**﴾[٧] فتدل هذه الآيات على جواز أخذ الأب من مال ولده، سواء أذن له ولده أم لم يأذن، لأن ما كان موهوباً له كان له أخذ ماله، كالعبد. وقالوا: إن

---

(١) رواه ابن ماجه، وقال ابن القطان: إسناده صحيح، وقال المنذري رجاله ثقات، انظر نيل الأوطار ٦/١٥.

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وابن خزيمة وابن الجارود ورجال إسناده ثقات، انظر عون المعبود ٩/٤٤٦، ونيل الأوطار ٦/١٤.

(٣) انظر نيل الأوطار ٦/١٥.

(٤) سورة الأنعام، آية ٨٤.

(٥) سورة الأنبياء، آية ٩٠.

(٦) سورة مريم، آية ٥.

(٧) سورة إبراهيم، آية ٤٠.

الله سبحانه وتعالى اعتبر بيوت الأبناء كبيوت الآباء.

ويفهم ذلك من قوله تعالى ﴿**ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم**﴾[1].

ثم ذكر بيوت سائر الأقارب إلا الأولاد لم يذكر بيوتهم، لأنهم دخلوا في قوله ﴿**بيوتكم**﴾[2].

وأما ما استدل به الجمهور فقالوا فيه بأنه عام تخصصه الأحاديث التي استدلوا بها.

والذي يظهر: أن أدلة القول الأول ليست صريحة في جواز الأخذ من مال الولد بغير حاجة وإنه يمكن حملها على جواز الأخذ للحاجة فقط، والله تعالى أعلم[3].

٨ ـ تبطل الهبة بموت الواهب أو الموهوب له قبل قبض الهبة.

لأن الهبة لا تتم ولا تلزم إلا بالقبض، فلو حصل لأحدهما موت، أو جنون ونحو ذلك قبل القبض بطلت، لأن القبض في الهبة كالقبول أو الإيجاب في البيع ونحوه من العقود اللازمة، فلو مات من أوجب البيع قبل قبول الآخر بطل البيع، وكذلك لو مات القابل قبل وجود الإيجاب، وهذا قول في مذهب الشافعية[4].

وقال بعض الفقهاء: لا ينفسخ عقد الهبة بموت أي واحد منهما ما دام أنه قد حصل قبول من الموهوب له، ولو لم يحصل قبض.

(١) سورة النور، آية ٦١.
(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥/٦٧٨.
(٣) وقد نقل الاتفاق على أنه يجب على الولد الموسر مؤنة الأبوين المعسرين، انظر نيل الأوطار ٦/١٥، وبناء على قول الجمهور: فإن الأب لو استدان من ولده فلولده أن يطالبه بدينه، لأنه دين ثابت عليه فجازت مطالبته كغيره، وقال بعض الفقهاء: ليس له الحق بمطالبته، بناء على القول بأن له أن يأخذ ماله بغير رضاه، انظر تفصيل ذلك في مغني ابن قدامة ٥/٦٧٩ و٦٨٠.
(٤) انظر مغني المحتاج ٢/٤٠١.

ويقوم الوارث مقام الواهب في الإقباض، ويقوم وارث الموهوب له في القبض، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم، فلم ينفسخ، كعقد البيع.

وهذا قول في مذهب الشافعية أيضاً[1].

وفرق بعض الفقهاء بين موت الواهب وموت الموهوب له.

فقال: إن مات الواهب قبل إقباض ورجوع لم تبطل الهبة، لأنه عقد مآله إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت، كالبيع في مدة الخيار، وإن مات الموهوب له قبل قبض الهبة بطلت، لأن القبض يقوم مقام القبول فلم يوجد فتبطل الهبة، كما لو مات من أوجب البيع ونحوه قبل القول. وهذا مذهب الحنابلة[2].

والذي يظهر لي: أن الهبة تبطل بموت أحدهما قبل القبض.

وبناء على ما رجحناه في المسألة السابقة من أن الهبة تكون في ملك الواهب يتصرف فيها كيف يشاء، ما دام أن الموهوب له لم يقبضها، ويعتبر ذلك رجوعاً منه، فلو مات قبل أن يقبضها الموهوب له يحتمل أن الواهب كان سيرجع فيها قبل قبض الموهوب له إياها.

وكذلك الموهوب له إذا مات فإن الهبة تبطل لأنه لم يقبضها فلم تدخل في ملكه إلا بالقبض من الواهب لأنها كانت في حال موته في ملك الواهب.

٩ ـ هبة الدين أو الإبراء منه لا يحتاج إلى قبول.

فمن كان له على إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله له برئت ذمة الغريم منه، وإن لم يقبله، لأنه إسقاط فلم يفتقر إلى قبول، كالإسقاط في القصاص والشفعة، وحد القذف والطلاق ونحو ذلك، سواء كان بلفظ الهبة، أو الصدقة، أو الإبراء، أو الإعفاء.

---

(١) انظر المرجع السابق.

(٢) انظر كشاف القناع ٣٣٥/٤، ويبدو أن القانون أخذ بهذا القول كما يظهر ذلك في المادة ١٣ فقال: إذا مات الموهوب له قبل قبول الهبة بطلت، أما إذا مات بعد القبول قام ورثته مقامه في قبض الموهوب. ويتضح من مذهب المالكية أنه متفق مع هذا القول، قال ابن جزي: فإن مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة، انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٩٩.

ويدل على ذلك قوله تعالى ﴿**ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا**﴾[1].

فسمى الإعفاء عن الدية صدقة، وقوله تعالى ﴿**إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح**﴾[2]، يعني به الإبراء عن الصداق.

وهذا مذهب الحنابلة والمالكية وهو قول في مذهب الشافعية[3].

وقال بعض الفقهاء: لا يجوز الإبراء إلا بقبول من عليه الدين، لأنه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله، كالوصية، والهبة ولأن فيه التزاماً، فلم يملك من غير قبوله، كالهبة.

وهذا قول في مذهب الشافعية، والمعتمد عندهم هو القول الأول[4].

والذي يظهر لي أن القول الأول هو الراجح، لأنه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال، فلم يعتبر فيه قبول، كالطلاق والعفو عن الشفعة والقصاص، فلا تحتاج إلى قبول فإنها تسقط وإن لم يرض الطرف الآخر.

- وتصح البراءة من المجهول، ولو كانت معرفته ممكنة، لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر، فإذا حصل رضى بالجملة فقد زال الغرر وصحت البراءة، لأنه يعفى عن الجهالة في ذلك لعدم المعاوضة، وهذا هو القول الذي اختاره من أقوال الفقهاء، وهو منقول عن الحنفية[5].

وقال بعضهم: تصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته، وهذا مذهب الحنابلة.

وقال بعضهم: لا تصح البراءة من المجهول مطلقاً، لأنه إزالة ملك لا يجوز

---

(١) سورة النساء، آية ٩٢.
(٢) سورة البقرة، آية ٢٣٧.
(٣) انظر مغني ابن قدامة ٦٥٨/٥، وكشاف القناع ٣٣٦/٤، وجواهر الأكليل ٢١٢/٢، والمهذب ٤٥٥/١.
(٤) انظر تكملة المجموع شرح المهذب ٢٨/١٥.
(٥) انظر مغني ابن قدامة ٦٥٩/٥.

تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة، كالبيع والهبة، وهذا مذهب الشافعية[1].

١٠ ـ لا يجوز للشخص أن يقبل هبة أو هدية إذا كان حاكماً أو نحوه ممن يتولى أمراً من أمور المسلمين.

لأن الهدية لها تأثير على القلوب، وللإحسان أثر كبير في طبع الإنسان، والقلوب مجبولة على حب من أحسن إليها، ولا تنسى الإحسان إلا النفوس اللئيمة الشاذة عن الفطرة الإنسانية، لأن القلوب السليمة من الخبث مجبولة على حب من أحسن إليها، فربما مالت النفس إلى المهدي أو الواهب ميلاً يؤثر الميل عن الحق ويعطي المهدي أمراً لا يستحقه بدون شعور ويخرج عن الصواب بسبب ما قد زرع في القلب من الإحسان، وهناك أحاديث وآثار منقولة عن السلف تدل على تحريم الهدية للحاكم أو غيره ممن يتولى أمراً من أمور المسلمين منها ما يأتي:

١ ـ حديث أبي حميد، عبد الرحمن بن سعد الساعدي: أن النبي ﷺ استعمل رجلاً على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إلي، قال: «هلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته»[2].

٢ ـ حديث أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «من تشفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية عليها فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا»[3].

٣ ـ حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «هدايا الأمراء غلول»[4].

٤ ـ حديث أنس أن النبي ﷺ قال: «هدايا العمال سحت»[5].

٥ ـ حديث بريدة أن النبي ﷺ قال «من استعملناه على عمل فرزقناه رزقاً فما أخذه بعد ذلك فهو غلول»[6].

---

(١) انظر المرجع السابق والمهذب ١/٤٥٥.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر فتح الباري ٥/٢٢٠.

(٣) رواه أبو داود، وفي سنده راو فيه مقال، انظر عون المعبود ٩/٤٥٦ و٤٥٧.

(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط وسنده ضعيف جداً، انظر نيل الأوطار ٨/٣٠٢.

(٥) قال الشوكاني: أخرجه الخطيب في تلخيص المتشابه، انظر المرجع السابق.

(٦) رواه أبو داود وسكت عنه قال الشوكاني: ورجال إسناده ثقات، انظر نيل الأوطار ٤/١٨٦.

قال العلماء: إن الهدايا التي تهدى للقضاة ونحوهم هي نوع من الرشوة، لأن المهدي إذا لم يكن معتاداً للاهداء إلى القاضي قبل ولايته لا يهدي إليه إلا لغرض، وهو: إما التقوي به على باطله، أو التوصل لهديته إلى حقه، والكل حرام(١).

وإذا كانت الهدية تعتبر رشوة فإن أخذ الرشوة معصية من المعاصي الكبيرة التي ورد الوعيد الشديد عليها ومن ذلك ما يأتي:

١ ـ حديث أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لعنة الله على الراشي والمرتشي في الحكم»(٢).

٢ ـ حديث عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لعنة الله على الراشي والمرتشي»(٣).

٣ ـ حديث ثوبان قال: لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي، والرائش: يعني الذي يمشي بينهما(٤).

٤ ـ وقد ذكر الفقهاء: أن الرشوة محرمة بالإجماع(٥).

٥ ـ عموم الأدلة الدالة على تحريم أكل أموال الناس بالباطل في القرآن الكريم، منها قوله تعالى **﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾**(٦).

---

(١) انظر عون المعبود شرح سنن أبي داود ٤٩٨/٩، ونيل الأوطار ٣٠٣/٨.
قال القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي رحمه الله تعالى: فينبغي لكل ذي ولاية أن ينزه نفسه عن الرشوة ويصون عرضه عن التهمة من قبول الهدية والنذر والضيافة وسائر الشبهات فإن النفس طموح جبلت على حب من أحسن إليها، وذكر من الأحاديث والآثار ما يدل على تحريم ذلك، انظر التاج المذهب ٢٦/٣.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه وأخرجه أيضاً ابن حبان وصححه، انظر عون المعبود ٩٤٥/٩، ونيل الأوطار ٣٠٠/٨.

(٣) رواه الخمسة ووضحه الترمذي وأخرجه أيضاً ابن حبان والطبراني والدارقطني وإسناده لا مطعن فيه، انظر المرجعين السابقين.

(٤) رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير والحاكم وفي إسناده راوٍ مجهول، انظر نيل الأوطار ٣٠١/٨.

(٥) انظر المرجع السابق.

(٦) سورة البقرة، آية ١٨٨.

ومنها قوله تعالى: ﴿**سماعون للكذب أكالون للسحت**﴾[1].

فقد نقل عن الحسن البصري وسعيد بن جبير أنهما فسرا السحت: بالرشوة[2].

وبذلك يكون الدليل على تحريم الرشوة: الكتاب والسنة والإجماع. وقد ألحق الفقهاء الهدية للحكام ونحوهم بالرشوة في التحريم[3].

١١ ـ من بذل لأخيه المسلم معروفاً، أو دفع عنه ضراً فكافأه بهدية أو هبة ونحو ذلك لا كراهة في ذلك، ولا يعد ذلك من باب الرشوة بل هو من باب مقابلة المعروف بالمعروف وهو مندوب إليه شرعاً لقول الله سبحانه وتعالى ﴿**هل جزاء الإحسان إلا الإحسان**﴾[4].

ومما يدل على استحباب المكافأة على المعروف حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من استعاذ بالله فأعيذوه، ومن سأل بالله فأعطوه، ومن دعاكم فأجيبوه، ومن صنع إليكم معروفاً فكافئوه، فإذا لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه»[5].

---

(١) سورة المائدة، آية ٤٣.

(٢) انظر نيل الأوطار ٣٠٢/٨، والمهذب ٢٩٣/٢، والتاج المذهب ٢٧٥/٣، والمحلى ١٤٠/١٠.

(٣) قال أكثر الفقهاء: إن الراشي ـ وهو الذي يبذل الرشوة ـ إن طلب باطلاً ترتب عليه الوعيد الوارد في الأدلة وكان عاصياً قطعاً، وإن طلب بذلك إخراج حق جاز ذلك، لأنه لم يرد ببذل الرشوة ظلم أحد وإنما أراد بالرشوة دفع باطل عن نفسه فلا يدفع إلّا بذلك، وقال بعض الفقهاء: لا يجوز ذلك مطلقاً، أخذاً بعموم الأدلة، ولأن الدافع للمال دفعه لينال به فعلاً من غيره مخالفاً لما شرعه الله، فيشاركه في الإثم، فيعتبر ذلك من التعاون على الإثم والعدوان، والله تعالى يقول ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾، سورة المائدة، آية ٢.

وقال بعض الفقهاء: إنه يجوز للمرتشي أن يرتشي إذا كان ذلك في حق لا يلزمه فعله، قال الشوكاني: هذا تخصيص بدون مخصص ومعارضة لعموم الحديث بمحض الرأي ليس عليه إثارة من علم ولا يغتر بمثل هذا إلاّ من لا يعرف كيفية الاستدلال، انظر نيل الأوطار ٣٠٣/٨.

(٤) سورة الرحمن، آية ٦٠.

(٥) قال النووي رحمه الله تعالى: حديث صحيح رواه أبو داود والنسائي بأسانيد الصحيحين، انظر رياض الصالحين ص ٦٥٢، وانظر أيضاً المحلى ١٤٢/١٠ حول هذه المسألة.

١٢ ـ لا يحل لأحد أن يمن في هديته ولا في صدقته، فيقول مثلاً لمن أعطاه: أعطيتك كذا وكذا وقد كنت محتاجاً، وقد جبرت حالك وكسيت عريك، فإن هذا المن فيه أذية، ويعتبر من كبائر الذنوب ومبطلاً للأعمال، قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى﴾[١].

وعن أبي ذر: أن النبي ﷺ قال: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم»، قال أبو ذر: قلت: من هم يا رسول الله؟ فقد خابوا وخسروا، قال: «المنان، والمسبل إزاره، والمنفق سلعته بالحلف الكاذب»[٢].

فهذا الحديث يدل على أن المن في الصدقة ونحوها كبيرة من كبائر الذنوب.

١٣ ـ تحل الهبة والهدية والعطية، ونحو ذلك من الإباحة والمنحة لبني هاشم وبني المطلب ومواليهم، ونقل الاتفاق على ذلك[٣].

وأما الصدقة فتحرم عليهم، وقد نقل الاتفاق على أنها لا تحل لبني هاشم[٤].

واستدلوا بحديث أبي هريرة قال: أخذ الحسن بن علي تمرة من تمر الصدقة فجعلها في فيه فقال رسول الله ﷺ: «كخ كخ أما علمت أنا لا نأكل الصدقة»؟[٥].

---

(١) سورة البقرة، آية ٢٦٤.

(٢) رواه مسلم والترمذي، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، ورواه أيضاً النسائي وأبو داود وأحمد وابن ماجه انظر تحفة الأحوذي ٤٠١/٤.
وتستحب المكافأة على الهبة والهدية، لحديث عائشة أن رسول الله ﷺ كان يقبل الهدية ويثب عليها رواه البخاري وغيره، انظر فتح الباري ٢١٠/٥، ويستحب أن يبدأ في الهدية بالأقرب فالأقرب لحديث عائشة قالت: يا رسول الله إن لي جارتين فإلى أيهما أهدي؟ قال: «إلى أقربهما منك باباً»، رواه البخاري انظر فتح الباري ٢٢٠/٥.

(٣) انظر المحلى ١٤٧/١٠.

(٤) الاتفاق المنقول بالنسبة لبني هاشم، وأما بني المطلب فاختلفوا فيهم، فكثير من الفقهاء على أنهم لا يعطون كبني هاشم، وبنو هاشم: هم آل علي، وآل عقيل، وآل جعفر، وآل العباس، وآل الحارث، انظر نيل الأوطار ١٩٣/٤.

(٥) رواه البخاري ومسلم انظر المرجع السابق.

وفي رواية «أنّا لا تحل لنا الصدقة، وقال بعض الفقهاء: تحل لهم إذا حرموا سهم ذوي القربى»[1].

١٤ ـ تجوز الهدية والهبة ونحو ذلك من الصلة والبر للمشركين.

إلا انه يشترط في ذلك ألا يكونوا من المحاربين وأن لا يصدوا أحداً عن دين الله ولا يخرجوه من داره.

ويفيد ذلك قوله تعالى **﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم والله يحب المقسطين﴾**[2].

وعن أسماء بنت أبي بكر قالت: قدمت أمي وهي مشركة في عهد رسول الله ﷺ، فاستفتيت رسول الله ﷺ قلت: إن أمي قدمت وهي راغبة، أفأصل أمي؟ قال: «نعم صلي أمك»[3].

١٥ ـ يكره رد الهدية ولو كانت أمراً تافهاً.

الأصل في الهبة والهدية أنها تجلب المحبة، لأن النفوس مجبولة على حب

---

(١) ونقل ذلك عن الحنفية وعن بعض فقهاء الشافعية والمالكية.
وقال بعض الفقهاء: إنها تحل من بعضهم لبعض لا من غيرهم، وقال بعض الفقهاء: إنها تحل لهم صدقة التطوع، وقال بعضهم بعكس ذلك، قال الشوكاني: والأحاديث الدالة على التحريم على العموم ترد على الجميع، انظر نيل الأوطار ١٩٤/٤.

(٢) سورة الممتحنة، آية ٨. وسبب نزول هذه الآية هي القضية التي وقعت لأسماء بنت أبي بكر مع أمها، ولكن الحكم يعم، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، قال العلماء: إن البر والصلة والإحسان لا يستلزم التحابب والتواد المنهي عنه في قوله تعالى **﴿لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله﴾**، الآية في سورة المجادلة ٢٢، قالوا: إنها عامة في حق من قاتل ومن لم يقاتل، انظر فتح الباري ٢٣٣/٥.

(٣) رواه البخاري ومسلم، وهذا لفظ البخاري، وفي لفظ لمسلم: «راغبة أو راهبة»، بالشك، وفي لفظ لابن حبان: «راغبة وراهبة»، والمعنى أنها قدمت طالبة في بر ابنتها لها خائفة، من ردها إياها خائبة، وفيه دليل أن الرحم الكافرة توصل من المال ونحوه كما توصل المسلمة، ويستنبط منه وجوب نفقة الأب الكافر والأم الكافرة وإن كان الولد مسلماً، انظر فتح الباري ٢٣٤/٥.

من أحسن إليها، ولذلك حث الشرع عليها وندبها، وقد تقدم بيان ذلك في المبحث الأول.

ونريد أن نبين هنا انه لا ينبغي رد الهدية ولو كانت أمراً تافهاً، لأن ردها يورث البغضاء والعداوة فينبغي قبولها ولو كانت قليلة، كما أرشد إلى ذلك النبي ﷺ، جاء ذلك عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «لو دعيت إلى ذراع - أو كراع لأجبت، ولو أهدي إليّ ذراع أو كراع لقبلت»(١).

ويكره رد الهدية ولو كان المهدى إليه ليس بحاجة إليها.

فإذا أعطي الإنسان شيئاً وهو ليس بحاجة إليه فليأخذه ثم إن شاء بعد ذلك وهبه لغيره أو تصدق به.

ويدل على ذلك حديث ابن عمر قال: سمعت عمر يقول: كان رسول الله ﷺ يعطيني العطاء فأقول: أعطه من هو أفقر إليه مني، فقال: «خذه فتموله، فإن شئت كله، وإن شئت تصدق به»، ثم قال: «إذا جاءك من هذا المال شيء وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه وما لا فلا تتبعه نفسك»(٢).

ويدل على ذلك أيضاً: حديث خالد بن عدي الجهني، قال: سمعت رسول

---

(١) رواه البخاري انظر فتح الباري ١٩٩/٥، والكراع ما دون الكعب من الدابة، والذراع معروف.

(٢) رواه البخاري ومسلم، انظر فتح الباري ٣٣٧/٣، وشرح النووي لصحيح مسلم ٨٤/٣، قال الفقهاء: هذه العطية التي كان النبي ﷺ يعطيها عمر ليست من الصدقة، كما يفيد ذلك قوله «خذه فتموله»، وقد نقل الخلاف عن الفقهاء فيمن جاءه مال، هل يجب قبوله أم يندب؟ يرى الظاهرية: أنه فرض عليه قبوله، عملاً بظاهر هذا الحديث ونحوه، انظر المحلى ١٣١/١٠، ويرى جمهور الفقهاء: أنه مستحب، قال الشوكاني نقلاً عن النووي: والصحيح المشهور الذي عليه الجمهور أنه مستحب في غير عطية السلطان، وأما عطية السلطان يعني الجائر فحرمها قوم، وأباحها آخرون، وكرهها قوم، والصحيح أنه، إن غلب الحرام فيما يد السلطان حرمت، وكذا إن أعطى من لا يستحق، وإن لم يغلبه الحرام فمباح إن لم يكن في القابض مانع يمنعه من استحقاق الأخذ، وقالت طائفة: إن الأخذ مندوب في عطية السلطان دون غيره، قال الشوكاني: والتحقيق في المسألة: إن من علم كون ماله حلالاً فلا ترد عطيته ومن علم كون ماله حراماً فتحرم عطيته، ومن شك فيه فالاحتياط رده، وهو الورع، ومن أباحه أخذ بالأصل، انظر نيل الأوطار ١٨٣/٤، وانظر أيضاً فتح الباري ٣٣٧/٣ و٣٣٨.

الله ﷺ يقول: «من بلغه معروف عن أخيه عن غير مسألة ولا إشراف نفس فليقبله ولا يرده، فإنما هو رزق ساقه الله إليه»(١).

وقد ورد نهي صريح عن رد هدية الطيب كما جاء ذلك في حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من عرض عليه طيب فلا يرده، فإنه خفيف الحمل طيب الرائحة»(٢).

---

(١) رواه أحمد وأبو يعلى والطبراني في الكبير، قال الشوكاني نقلاً عن مجمع الزوائد: ورجال أحمد رجال الصحيح، انظر نيل الأوطار ١٨٣/٤ وهذا الحديث يدل على جواز قبول الهدية مطلقاً، سواء كانت من سلطان أم من غيره، ولا فرق بين الغني والفقير.
إلا إن الآخذ ينبغي له أن ينظر، فإن كان ما يأخذه صدقة وهو غني فلا يجوز له أن يأخذها، وإن كان فقيراً فله أخذها، وإن كانت هدية فله أخذها سواء كان غنياً أم فقيراً، والله تعالى أعلم.
وفي هذه المناسبة نذكر حكم التسول، فنقول: إن المسألة تحرم إلا لضرورة، وهناك أدلة كثيرة تدل على تحريم المسألة منها: حديث ابن بشر قبيصة بن المخارق، قال: تحملت حمالة فأتيت رسول الله ﷺ أسأله فيها، قال: «أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها»، ثم قال: «يا قبيصة: إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، أو قال سداداً من عيش، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجى من قومه: لقد أصابت فلاناً فاقة، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش، أو قال: سداداً من عيش، فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتاً»، رواه مسلم انظر شرح مسلم للنووي ٨٢/٣، ومنها حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من سأل الناس تكثراً إنما يسأل جمراً فليستقل أو ليستكثر»، رواه مسلم انظر المرجع السابق ٨٩/٣، ومنها حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا تزال المسألة بأحدكم حتى يلقى الله تعالى وليس في وجهه مزعة لحم»، رواه البخاري ومسلم، انظر فتح الباري ٣٣٨/٣ وشرح مسلم للنووي ٧٩/٣، ومنها حديث أبي سفيان صخر بن حرب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحلفوا في المسألة فوالله لا يسألني أحد منكم شيئاً فتخرج له مسألته مني شيئاً وأنا له كاره فيبارك له فيما أعطيته»، رواه مسلم انظر شرح مسلم للنووي ٧٧/٣.
فهذه الأحاديث تدل على أن المسألة لا تحل إلا في أمر لا بد منه، إلا أن يسأل الرجل سلطاناً كما يفيد ذلك حديث سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: «إن المسألة كد يكد بها الرجل وجهه إلا أن يسأل الرجل سلطاناً، أو في أمر لا بد منه» رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح، انظر تحفة الأحوذي ٣٥٨/٣: وروا أيضاً أبو داود والنسائي.
(٢) رواه البخاري انظر فتح الباري ٢٠٩/٥.

المبحث الحادي عشر

في الغصب
وفيه مطلبان

المطلب الأول

في معنى الغصب وحكمه

أ ـ معنى الغصب:

الغصب لغة: مأخوذ من: غصبه غصباً، من باب ضرب، واغتصبه: أخذه قهراً وظلماً، فهو غاصب، والجمع غصّاب، مثل: كافر وكفار، ويتعدى إلى مفعولين، فيقال: غصبته ماله، وقد تزداد ـ من ـ في المفعول الأول، فيقال: غصبت منه ماله[1].

وأما الغصب في اصطلاح الفقهاء فقد اختلفت عباراتهم فيه، وهي متقاربة من حيث المعنى، فنقتصر على تعريف واحد منها، وهو الذي يظهر لي أنه أشملها، فقالوا فيه:

معنى الغصب في الشرع: استيلاء غير حربي عرفاً على حق غيره قهراً بغير حق[2].

---

(١) انظر المصباح المنير ص ٥٣٦، وترتيب القاموس المحيط ٣٤٨/٣.

(٢) انظر كشاف القناع ٨٣/٤.

ومن التعريفات الواردة عن الفقهاء ـ الغصب ـ الاستيلاء على حق الغير عدواناً، انظر مغني المحتاج ٢٧٥/٢، وعرفه بعضهم بقوله أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة، انظر حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣. وعرفه بعضهم بقوله: هو الاستيلاء على مال الغير عدواناً وإن لم ينو، انظر التاج المذهب ٣٤٣/٣، ومعنى قوله: وإن لم ينو: يدخل في ذلك الاستيلاء ولو بطريق المزاح واللعب، وجاء تعريف الغصب في القانون المدني بأنه: الاستيلاء على مال الغير أو حقه، عدواناً بدون سبب شرعي جاء ذلك في المادة ١٢٨٥.

شرح التعريف:

قوله: استيلاء: كثير من الفقهاء عبروا بالاستيلاء دون الأخذ، لأن كلمة ـ استيلاء ـ تدل على الأخذ بالقوة والمغالبة.

قوله: غير حربي ـ خرج بهذا القيد الحربي، لأن حكمه يختلف عن حكم الغاصب.

قوله: على حق غيره ـ يشمل كل الحقوق، سواء كانت مالاً أو غير مال مما هو مختص بالمغصوب منه، كالمنافع وغيرها.

قوله: قهراً ـ يخرج بذلك السرقة، والاختلاس، لأنهما أخذ مال ظلماً لكن ليس على وجه القهر والمغالبة، وإنما على وجه الخفية والاحتيال.

قوله: بغير حق ـ يخرج به أخذ الدين من المدين الممتنع عن أدائه ونحو ذلك من الحقوق الواجبة، ويخرج أيضاً استيلاء الأب، ونحوه كالأم إذا أخذ على ولده بالقوة فلا يعتبر حكمه كالغاصب، لأن للوالد حقاً في مال ولده.

ومن هذا الشرح يتضح بأن هذا التعريف جامع مانع، والله أعلم.

ب ـ حكم الغصب:

إن الغصب يعتبر محرماً حرمه الله سبحانه وتعالى في جميع الرسالات السماوية، ويعد من أكبر أنوع الظلم الذي هو منبع الشرور والمعاصي والفساد في البر والبحر، فلا يوجد في أمة إلا سلبت الأمن على الأموال والأرواح وانتشر فيها الرعب والخوف وفشت فيها العداوة والبغضاء وأكل فيها القوي الضعيف.

ومما يدل على تحريم الغصب وأنه من كبائر الذنوب وأن عقوبته شديدة: حديث سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين»[1].

---

(١) رواه البخاري ومسلم انظر فتح الباري ١٠٣/٥، وشرح النووي لصحيح مسلم ١٣٢/٤، وهذا لفظ البخاري وفي رواية مسلم: «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين». =

وفي رواية: عن محمد بن إبراهيم: آن أبا سلمة حدثه، وكان بينه وبين قومه خصومة في أرض، وأنه دخل على عائشة فذكر ذلك لها، فقالت: يا أبا سلمة اجتنب الأرض، فإن رسول الله ﷺ قال: «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين»[1].

وفي رواية: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخذ أحدكم شبراً من الأرض بغير حقه إلا طوقه الله إلى سبع أرضين يوم القيامة»[2].

وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن أكل أموال الناس بالباطل، سواء كان بطريق الغصب أو السرقة، أو الرشوة، أو الاختلاس، أو الغش والخداع في المعاملة، ويعتبر الغصب أعظم جرماً من كل هذه الاعتداءات قال تعالى ﴿«**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[3].

وقد بين الرسول ﷺ أن أموال الناس محرمة فلا يجوز أخذ شيء منها بغير حق وأخبر بوعيد شديد على من أخذها وذلك في أحاديث كثيرة منها ما يأتي:

١ ـ حديث ابن عباس: أن رسول الله ﷺ خطب الناس يوم النحر، فقال في خطبته: «فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم

= وذكر العلماء في قوله ـ طوقه ـ معنيين، **أحدهما:** أنه يكلف نقل ما ظلم منها في القيامة إلى المحشر ويكون كالطوق في عنقه، لأنه طوق حقيقة.

ثانيهما: أنه يعاقب بالخسف إلى سبع أرضين، أي فتكون كل أرض في تلك الحالة طوقاً في عنقه، ويؤيد هذا المعنى حديث ابن عمر: بلفظ: خسف به، يوم القيامة إلى سبع أرضين، رواه البخاري بهذا اللفظ انظر فتح الباري ١٠٣/٥، وقال ابن حجر: ويحتمل أن يكون المراد بقوله ـ يطوقه ـ يكلف أن يجعله له طوقاً ولا يستطيع ذلك، فيعذب بذلك، كما جاء في حق من كذب في منامه كلف أن يعقد شعيرة، ويحتمل أن يكون التطويق تطويق الإثم، والمراد به: إن الظلم المذكور لازم في عنقه لزوم الإثم، ومنه قوله تعالى ﴿**ألزمناه طائره في عنقه**﴾، سورة الإسراء، آية ١٣.

(١) رواه البخاري ومسلم انظر المرجعين السابقين.

(٢) رواه مسلم بهذا اللفظ انظر شرح النووي ١٣٣/٤.

(٣) سورة النساء، آية ٢٩.

هذا في شهركم هذا»، فأعادها مراراً، ثم رفع رأسه فقال: «اللهم هل بلغت»[1].

٢ ـ حديث أبي حميد الساعدي قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلاً على الصدقات فلما جاء قال: هذا مالكم وهذا هدية، فقال رسول الله ﷺ: «فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً»، ثم خطب فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقاً، والله لا يأخذ أحد منكم منها شيئاً بغير حقه إلا لقي الله تعالى يحمله يوم القيامة فلا أعرفن أحداً منكم لقي الله تعالى يحمل بعيراً له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر» ثم رفع يديه حتى رؤي بياض إبطيه ثم قال: «اللهم هل بلغت»، ثم قال أبو حميد: بصر عيني وسمع أذني[2].

وهذا وعيد شديد لمن أخذ شيئاً بغير حق بدون غصب وإنما هو بطريق هدية فما بالنا بالمال الذي يؤخذ بطريق الغصب.

٣ ـ حديث أم سلمة: أن النبي ﷺ قال: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار».

وفي رواية للبخاري «فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها».

وفي رواية لمسلم «فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار»[3].

فهذا الحديث يدل على أن ما أخذه الإنسان بغير حق يعتبر غصباً وظلماً

---

(١) رواه البخاري ومسلم واللفظ للبخاري. انظر فتح الباري ٥٧٣/٣، وشرح النووي ٣٤٣/٣.

(٢) رواه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم. انظر فتح الباري ٢٢٠/٥، وشرح النووي ٤٩٨/٤، ومعنى: بصر عيني وسمع أذني: أعلم هذا الكلام يقيناً، وأبصرت عيني النبي ﷺ حين تكلم به وسمعته أذني فلا أشك في علمي به.

(٣) رواه البخاري ومسلم انظر فتح الباري ١٠٧/٥، وشرح النووي لمسلم ٣٠٢/٤.

حتى وإن حكم به حاكم، لأن حكم الحاكم لا يحل الحرام[1].

٤ ـ حديث جابر: أن النبي ﷺ قال: «اتقوا الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيامة، واتقوا الشح فإن الشح أهلك من كان قبلكم حملهم على أن سفكوا دماءهم واستحلوا محارمهم»[2].

فهذا أمر من الرسول ﷺ بأن نتقي الظلم، والغصب يعتبر من أعظم أنواع الظلم الذي يجب اتقاؤه.

وقد يعاقب الله سبحانه وتعالى الغاصبين والذين يتصرفون في أموال الناس بغير حق بعقوبة عاجلة، وقد يمهلهم ويستدرجهم فيدر عليهم بكثير من النعم، كالصحة والمال وينسىء لهم في الآجال، ولكن مهما طال بهم الزمن فإنه لا بد لهم من الجزاء العادل، كما أخبر النبي ﷺ بذلك، جاء ذلك عن أبي موسى قال: «قال رسول الله ﷺ: إن الله عزَّ وجلَّ ليملي للظالم، فإذا أخذه لم يفلته، ثم قرأ رسول الله ﷺ ﴿**وكذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى وهي ظالمة إن أخذه أليم شديد**﴾[3].

المطلب الثاني

فيما يترتب على الغصب من أحكام

وفيه ثلاثة مسائل.

المسألة الأولى: في أحكام الغصب فيما إذا كان المغصوب مما ينقل ويحول.

---

(١) وهذا الحديث دليل على أن حكم الحاكم لا يحلل الحرام وهو مذهب جمهور الفقهاء، فمن شهد له شاهدا زور بمال فحكم الحاكم به لم يحل للمحكوم له أخذه، وإن شهدا بالزور أنه طلق امرأته لم يحل لمن علم كذبهما أن يتزوجها بعد حكم القاضي بالطلاق، وقال أبو حنيفة يحل حكم الحاكم الفروج دون الأموال، وهذا مخالف للحديث والإجماع من قبله، انظر شرح النووي لصحيح مسلم ٣٠٣/٤.

(٢) رواه مسلم انظر شرح النووي ٤٤١/٥.

(٣) رواه البخاري ومسلم انظر فتح الباري ٣٥٤/٨، وشرح النووي ٤٤٤/٥.

١ ـ إذا كانت العين المغصوبة باقية فلم تتغير فعلى الغاصب ردها. وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء[١].

واستدلوا بحديث الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢].

ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده.

٢ ـ فإذا تعذر رد العين المغصوبة، كما لو أتلفها الغاصب أو أتلفها غيره وهي في يده مغصوبة ففي ذلك حالتان.

الحالة الأولى: أن يكون المغصوب مما له مثل، كالمكيلات أو الموزونات ونحو ذلك مما تتماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته، كالحبوب والأدهان، أو تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته[٣].

فالحكم في هذه الحالة: أنه يجب رد المثل، لقول الله عزَّ وجلَّ ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[٤].

ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد مثلها[٥].

الحالة الثانية: أن يكون المغصوب مما لا مثل له، كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب والجواهر ونحو ذلك.

---

(١) انظر فتح القدير ٣٢١/٩، ومغني ابن قدامة ٢٣٨/٥.

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الحاكم، قال الشوكاني: سماع الحسن عن سمرة فيه خلاف، انظر نيل الأوطار ٣٣٥/٥ ونقل الألباني عن الترمذي: قال حديث صحيح، وعن الحاكم أنه قال: صحيح الإسناد على شرط البخاري، وقال الألباني: وهو صحيح لو أن الحسن صرح بالتحديث عن سمرة وهو لم يصرح به، ثم أنه ضعفه لهذه العلة، انظر إرواء الغليل ٣٤٨/٥ و٣٤٩.

(٣) نقل الإجماع على أن ما تتمائل أجزاؤه وتتقارب صفاته، كالدراهم والحبوب والأدهان أنه يضمن بمثله، ونقل الخلاف في غير ذلك من المكيلات والموزونات التي تتفاوت في الصفات، مثل الحلي والحديد والنحاس والحرير، فقيل أنه يضمن بقيمته، لأن الصناعة تؤثر فيه وهي مختلفة، فالقيمة أضبط، والظاهر أن التفصيل في ذلك هو الراجع، وهو أنه إذا اختلفت الأجناس وجبت القيمة، وإن اتحدت الأجناس ففي ذلك المثل، والله تعالى أعلم.

(٤) سورة البقرة، آية ١٩٤.

(٥) انظر فتح القدير ٢٢٠/٩، ومغني ابن قدامة ٢٣٨/٥.

فالحكم في هذه الحالة: رد قيمته.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

واستدلوا بحديث عبد الله بن عمر: أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل»[2].

فإن النبي ﷺ أمر بتقويم حصة الشريك التي أتلفها شريكه بالعتق ولم يأمر بالمثل، وهكذا تكون القيمة واجبة في كل شيء لا تتساوى أجزاؤه وتتباين صفاته.

وعلى ذلك فمن قطع يد دابة لإنسان لم تقطع يد دابته، ومن أحرق ثوباً لم يحرق ثوبه وإنما تجب القيمة، فهي أعدل ولا يظلم أحد الطرفين بخلاف ما لو حكمنا بوجوب المثل فإنه قد يوجد ظلم لعدم تساوي الأمرين قدراً وصفة.

وقال بعض الفقهاء: عليه مثله من جنسه وعلى صفته.

واستدلوا بحديث عائشة؛ قالت: ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفية، صنعت طعاماً لرسول الله ﷺ في إناء، فما ملكت نفسي أن كسرته، فقلت: يا رسول الله ما كفارته؟ قال: «إناء مثل إناء، وطعام كطعام»[3].

فإن النبي ﷺ أوجب مثل الإناء، وهو مما تتفاوت أجزاؤه، ويبدو: أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن دليلهم صريح في ذلك.

وأما ما استدل به من خالفهم فإنه محمول على أن النبي ﷺ علم أن صفية سترضى بذلك، وإذا حصل الرضا جاز ذلك بدون خلاف فيما أعلم.

---

(١) انظر المراجع السابقة، وأخذ بذلك القانون المدني فقال في المادة ١٢٨٦: فيلزمه رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً.

(٢) رواه البخاري ومسلم انظر فتح الباري ١٥٠/٥ و١٥١.

(٣) رواه أبو داود والنسائي، وذكر المحدثون إن في إسناده مقالاً، انظر عون المعبود ٤٨٢/٩.
أقول: لا يضر المقال في هذه الرواية، لأن البخاري وغيره قد روى الحديث بغير هذا اللفظ، ولكنه نفس المعنى انظر فتح الباري ١٤٢/٥ .والمرجع السابق.

ويحتمل: أن يكون معنى قوله «إناء مثل الإناء وطعام مثل الطعام: القيمة، كما في قوله تعالى ﴿**فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين**﴾[1].

فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلاً، والله تعالى أعلم[2].

٣ ـ إذا فقد المثل من المثليات وتعذر رد مثله وجبت قيمته.

وهل تجب قيمته يوم الانقطاع، أو يوم الغصب، أو يوم المخاصمة؟ هناك ثلاثة آراء للفقهاء:

أحدها: أنه تجب قيمته من وقت الغصب إلى يوم تعذر المثل يعني: إذا كان يوم الغصب يساوي ألف ريال، وعندما تعذر المثل يساوي ألفاً وخمسمائة، فتجب القيمة يوم التعذر وهو ألف وخمسمائة، وإذا كان يوم الغصب يساوي ألفاً ويوم تعذر المثل يساوي خمسمائة فتجب القيمة يوم الغصب وهو ألف، لأن الواجب فيه أقصى القيم من يوم الغصب إلى تعذر المثل، وهذا هو الأصح في مذهب الشافعية[3].

ووافق أبو يوسف فقهاء الشافعية في ذلك إلا أنه قال: تجب القيمة يوم الغصب مطلقاً.

وعللوا لذلك: بأنه لما انقطع التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب، إذ هو الموجب[4].

ثانيهما: أن القيمة تجب يوم المطالبة.

وهذا قول أبي حنيفة وهو مذهب الهادوية ونقل ذلك عن مالك، وهو قول

(١) سورة المائدة، آية ٩٥.
(٢) انظر تكملة المجموع ٦٧/١٤.
(٣) انظر مغني المحتاج ٢٨٣/٢.
(٤) انظر فتح القدير ٣١٩/٩، والتاج المذهب ٣٦٦/٣، إلا أن الهادوية قالوا إذا كانت المطالبة مقارنة للتسليم فإن تأخر التسليم فقيمته يوم التسليم.

في مذهب الشافعية، وعللوا لذلك: بأن القيمة لم تنتقل إلى ذمة الغاصب إلا حين حكم الحاكم بها لا بمجرد انقطاع المثل.

ثالثها: أنه تجب قيمته يوم انقطاع المثل.

وهذا قول أكثر فقهاء الحنابلة وقول في مذهب الشافعية، وهو قول محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية[(١)].

وعللوا لذلك: بأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ، كتلف المقوم.

ويبدو: أن القول الأول أرجح، لأن الغاصب كان مطالباً برد المغصوب من يوم التلف، فإن لم يفعل غرم أقصى قيمة[(٢)].

٤ ـ تضمن القيمة فيما لا مثل له بأقصى قيمة من يوم الغصب إلى وقت التلف، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[(٣)].

فلو زادت قيمة المغصوب وقت التلف على قيمته وقت الغصب غرم القيمة وقت التلف، وإن نقصت القيمة وقت التلف غرم القيمة وقت الغصب.

وعللوا لذلك: بأنه حال زيادة القيمة غاصب ومطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله[(٤)].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٢٨٠/٥ والمراجع السابقة.

(٢) هذا إن تعذر المثل يوم الطلب وإلا فتجب قيمته من وقت الغصب إلى يوم الطلب، وهو يعتبر قولاً رابعاً وأخذ بذلك القانون فقال في المادة ١٣٠٩: يلزم الغاصب في تلف المثلى مثله إن وجد وإن تعذر فقيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الطلب.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢٨٤/٢، ومغني ابن قدامة ٢٧٩/٥.

(٤) بخلاف ما لو رد المغصوب بعد الرخص فإنه لا يضمن شيئاً، لأنه مع بقاء العين يمكن توقع الزيادة في المستقبل، فلم تفت بالكلية، ويفهم من قولهم: أنه إذا تأخر الوفاء بعد التلف وزادت قيمته فلا تضمن والظاهر أنها تضمن وأخذ بذلك القانون فقال في المادة ١٣١٠: يلزم الغاصب في تلف القيمة قيمته بأوفر القيم من وقت الغصب إلى وقت الوفاء.

ولا فرق في مذهب الشافعية في اختلاف القيمة بين تغير المغصوب في نفسه وبين تغيير سعره.

ويرى الحنابلة: أن القيمة إذا اختلفت لتغير الأسعار لم يضمن الغاصب الزيادة، لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن، مع رد العين فلا يضمن عند تلفها.

والظاهر: أن القول الأول أرجح، لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه، فإذا تعذر ردها ضمنها، كقيمتها يوم التلف.

وقال بعض الفقهاء: أن القيمة تضمن يوم الغصب.

وهذا مذهب الحنفية والهادوية، ونقل ذلك عن الإمام أحمد والإمام مالك[1].

وعللوا لذلك: بأن السبب الموجب للضمان هو الغصب فتعتبر قيمته وقت وقوع الغصب، وهو الوقت الذي أزال الغاصب يد المغصوب عن العين المغصوبة.

والذي يبدو أن المذهب الأول هو الراجح، لأن إمساك المغصوب من وقت الغصب إلى وقت التلف غصب فتثبت القيمة كاملة في الذمة وقت التلف فتدخل الزيادة في الضمان، والله تعالى أعلم[2].

٥ ـ من غصب شيئاً لم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة.

فإن قدر على رده بعد أن دفع قيمته رده وأخذ القيمة ولا يملكه الغاصب.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[3].

---

(١) انظر فتح القدير، والتاج المذهب ٩/٢٢٠.

(٢) هذا الضمان بالنسبة للإتلاف في حال الغصب سواء كان التلف بفعل الغاصب نفسه أو بغير فعله.

أما الإتلاف بدون غصب فقد ذكر فقهاء الشافعية أنه يضمن القيمة يوم التلف، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك، وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف، إلا إذا كان لا يصلح، كالمفازة فيعتبر بأقرب البلاد المجاورة، انظر مغني المحتاج ٢/٢٨٤.

(٣) انظر مغني ابن قدامة ٥/٢٧٦ وتكملة المجموع ١٤/٧١، وأخذ القانون بذلك، نصت المادة ١٣٠١ على أنه: لا يملك الغاصب ما اشتراه بالعين المغصوبة أو بقيمتها.

لأن تملك الغاصب للمغصوب لا يصح، لأن الملك لا ينتقل إلا برضى، والمغصوب منه ليس براض، ويتضح ذلك من قوله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[(١)].

ويرى الحنفية: أن الغاصب إذا دفع قيمة المغصوب انتقل ملكه إليه ولا يرده إلى المغصوب منه، لأن المالك ـ المغصوب منه ـ ملك البدل فلا ينتفي ملكه على المبدل، كالبيع، قال صاحب العناية: وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل، دفعاً للضرر عن مالك البدل[(٢)].

ويبدو: أن القول الأول هو الراجح، لأن القيمة التي أخذها المغصوب منه لأجل تعذر رد العين المغصوبة لا على سبيل العوض وهذا أيضاً ليس فيه رضا، ولا يكون نقل الملك صحيحاً إلا بالتراضي، والله تعالى أعلم[(٣)].

٦ ـ من غصب عيناً لها منفعة تباح بالإجارة فأقامت بيده مدة لمثلها أجرة ضمن أجرتها، سواء استوفى المنافع أم تركها تذهب بدون منفعة، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والهادوية[(٤)].

---

(١) سورة النساء، آية ٢٩.

(٢) انظر فتح القدير ٣٤٥/٩، هذا فيما إذا اختار المالك تضمين القيمة، وإن شاء صبر إلى أن توجد العين المغصوبة ردها إليه يعني أنه مخير بين الصبر وتضمين القيمة.

(٣) وبناء على القول الأرجح، فإنه متى قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل، وأجرة مثله إلى حين دفع بدله انظر مغني ابن قدامة ٢٨٦/٥.
والواجب رد المغصوب إلى المكان الذي غصبه فيه، هذا إذا كان يحتاج رده إلى كلفة في نقله، وكانت القيم متفاوتة، أما إذا كان لا مؤنة لنقله، كالنقد، أو كان من المثليات وقيمته في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه أداء مثله، لأنه لا ضرر عليه، انظر مغني ابن قدامة ٢٧٧/٥، ومغني المحتاج ٢٨٤/٢، وفتح القدير ٣٢٣/٩.
ويرى الهادوية في هذه المسألة: أنه إذا أخذ قيمته من غير ملافظة ـ يعني لفظ يدل على وقوع المعاوضة ـ ثم ظفر به الغاصب فإن للمالك الحق في أخذه ويرد للغاصب ما أخذ منه من فوائد، انظر التاج المذهب ٣٥٢/٣.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ٣٩٢/٥، والمهذب ٣٨٤/١، والتاج المذهب ٣٦١/٣، وأخذ بذلك القانون فقال في المادة ١٢٩٧: يلزم الغاصب أجرة العين المغصوبة ولو لم ينتفع بها، ولو كانت مما لايجوز تأجيره كالمساجد.

وعللوا لذلك: بأن المالك يطلب بدل المنفعة بعقد المغابنة فيضمنها الغاصب بالغصب، كما يضمن العين المغصوبة.

ويرى الحنفية: أن المنفعة تكون في ملك الغاصب، فإذا استوفى من المغصوب منفعة تصدق ببدلها، لأنها محرمة عليه(١).

وأما المالكية فلهم تفصيل في ذلك، وملخصة فيما يأتي:

١ ـ أن المغصوب إن كان عقاراً واستعمله الغاصب كانت غلته للمالك، فإن لم يستعمله ليس له شيء.

٢ ـ وإن كان حيواناً فيضمن فيه ما نشأ من غير استعمال، كاللبن والصوف، وأما ما نشأ من استعمال فلا يضمن، كالركوب، والكرأ، فلا تلزمه أجرة الركوب ولا مقابل ما استعمله في دوس أو حرث(٢).

وفي قول لهم: أنه يضمن بدون تفصيل، والظاهر: أنهم يقصدون ذلك في حال الاستعمال، أما إذا لم يستعمل فلا ضمان عليه.

ويبدو أن ما ذهب إليه الشافعية ومن معهم هو الراجح، لأن العين تعتبر مغصوبة هي وما اشتملت عليه من منافع ويكون الغاصب ملزماً بضمان العين ومنافعها، والله تعالى أعلم(٣).

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤٤٤٣/٩.
(٢) انظر حاشية الدسوقي ٤٤٨/٣.
(٣) ويضمن الغاصب زوائد المغصوب سواء كانت متصلة، كالسمن والكبر ونحو ذلك، أو منفصلة، كالولد والثمرة واللبن والصوف ونحو ذلك، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.
ويرى الحنفية والمالكية: إنها إن كانت موجودة ولم تهلك فيأخذها مع أصلها، لأنها ملكه، ولكن إذا هلكت فلا يجب ضمانها، كالوديعة وليست غصباً إلا إذا طلبها المالك فامتنع عن أدائها فيضمنها، لأنها تكون مغصوبة، ونقل عن محمد بن الحسن أنها مضمونة، انظر بدائع الصنائع ٤٤٠٤/٩.
مسألة: ونفقة العين المغصوبة، كنقلها وتنميتها، وحفظها ونحو ذلك مما تحتاجه من تكاليف يتحملها الغاصب، وليس على المالك شيء منها، ولا أعلم في ذلك خلافاً عند الفقهاء، ونصت المادة ١٣١٦ من القانون على أن نفقة العين المغصوبة على الغاصب ولا رجوع له.

٧ ـ من غصب مالاً فاتجر به وربح فالربح للمغصوب منه.

وهذا مذهب الحنابلة، وهو قول في مذهب الشافعية[١].

لأن الربح نماء ملكه، فيكون له، كما لو اشترى له بعين المال.

وقال بعض الفقهاء: إنه للغاصب، لأنه استهلك العين المغصوبة فوجب عليه الضمان وثبت الملك له، فله الربح ونحو ذلك من الغلة وهذا مذهب الحنفية[٢].

واعتمدوا في قولهم ذلك: على الحديث المشهور عن عائشة: أن النبي ﷺ قال «الخراج بالضمان»[٣].

يعني أن ما حصل من غلة من الشيء المضمون يكون للضامن في مقابلة ضمانه فيما لو تلف.

واختلف الحنفية فيما بينهم في الانتفاع بالربح.

فيرى أبو حنيفة ومحمد: أنه خبيث فيتصدق به ولا ينتفع به: إلا إذا رضي صاحبه بذلك.

لأن الطيب لا يثبت إلا بالملك المطلق، وهذ ملك فيه شبهة، لوجوده من وقت الغصب.

وقال أبو يوسف وزفر: أنه يحل الانتفاع به، ولا يلزم التصدق به، لأن المغصوب مملوك للغاصب من وقت الغصب فلا معنى للمنع من الانتفاع[٤].

---

(١) انظر تكملة المجموع ٨٢/١٤، ومغني ابن قدامة ٢٨٥/٥.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤٤٢٩/٩، وتكملة فتح القدير ٣٣٠/٩.

(٣) ونص الحديث عن عائشة: أن رجلاً ابتاع غلاماً من رجل فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله: قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»، رواه أبو داود وابن ماجه والطحاوي وابن الجارود والحاكم وقال: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، انظر إرواء الغليل ١٥٩/٥، وعون المعبود ١٧/٩.

(٤) وهناك قول لبعض الفقهاء وهو قريب من هذين القولين وهو أنه إذا كان الشراء بعين المال المغصوب فالربح للمالك، وإن اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن يكون الربح للغاصب، وهو قول في مذهب الشافعية والحنابلة، انظر المهذب ٣٧٧/١، ومغني ابن قدامة ٢٧٥/٥. ومذهب=

ويرى المالكية: أن الغلة للغاصب، ولم يفرقوا بين ربح الدراهم وغيرها، قال ابن رشد: وأما إذا اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها ويتجر بها فالغلة له قولاً واحداً في المذهب(١).

وقال كثير من فقهاء المذهب: إن هذا العموم هو الصحيح والمشهور. وهناك قول في مذهبهم بالتفصيل، وهو: إنه إذا قصد غصب الذات دون الغلة فالغلة له، وإن قصد غصب الغلة دون الأصل فإنه يضمن الغلة بإطلاق، سواء عطل أو انتفع أو أكرى.

هذا بالنسبة لغير الحيوان، وأما الحيوان فإنه يضمن ما نشأ منه من غير استعمال، كاللبن والصوف، وما نشأ من استعمال، كالركوب والحرث فلا يضمن(٢).

وهذا يتفق مع مذهب الحنفية، من حيث المعنى، من أن الخراج يكون للغاصب في مقابل الضمان، إلا أن جمهور الحنفية قالوا: لا يصح له أن ينتفع به، لأنه كسب خبيث ويجب عليه أن يتصدق به(٣).

والذي يظهر لي: أن القول بأن ربح المغصوب ونحوه من الغلة تكون لمالكه ولا شيء للغاصب وهو الراجح.

لأن الربح نماء ملك المغصوب منه فيكون ملكاً له، كالأصل.

وأما الغاصب فإنه ظالم ولا يستحق شيئاً من المغصوب، ولا من نمائه.

= الهادوية يقرب من مذهب الحنفية، فقالوا: إذا كانت العين المغصوبة نقدين أو باعها بنقدين فيملك ما اشترى بها أو بثمنها، لأن النقد لا يتعين وإن عين، ويتصدق بالربح، فإن اشترى بذمته ودفع الدراهم المغصوبة طاب له الربح، ويتصدق بالربح، انظر البحر الزخار ١٨٣/٥، والتاج المذهب ٣٥٩/٣.

(١) انظر بداية المجتهد ٣٢١/٢.

(٢) انظر حاشية الدسوقي ٤٤٨/٣.

(٣) هذه المسألة تبين حكم الزوائد على المغصوب، من غلة وربح ونحو ذلك، أما المسألة التي قبلها فإنها تبين حكم ضمان المنافع التي عطلها، ولا تكرار في ذلك.

ويدل على ذلك حديث عروة بن الزبير: أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق»[1]. فهذا الحديث يدل على أن الغاصب لا يستحق شيئاً من الغلة لأنه ظالم.

وأما استدلالهم بقوله ﷺ «الخراج بالضمان»، فإنه خاص بالخراج الذي حصل بسبب شبهة، مثل أن يشتري إنسان شيئاً فيستغله فيستحق منه، وسبب الحديث يوضح ذلك[2].

٨ ـ إذا نقص المغصوب في يد الغاصب فليزمه رده وأرش نقصه.

هذا بالجملة وللفقهاء تفصيل في ذلك.

٩ ـ إذا نقصت قيمة المغصوب بتغير الأسعار، ولم يكن النقص لفوات جزء منه، أو صفة مرغوب فيها فليس على الغاصب ضمان نقص القيمة، لأن عين المغصوب باقية ولم ينقص منها شيء، لأن نقص القيمة لا صنع للعبد فيها، وإنما ذلك بأمر الله عزَّ وجلَّ فلا يكون مضموناً عليه[3].

ب ـ وإذا نقص المغصوب لفوات جزء منه، أو صفة تنقص قيمته، كما لو غصب ثوباً فلبسه فأبلاه، أو شاة فذبحها، أو طعاماً فطحنه فنقصت قيمته فيلزمه رده، ويرد معه أرش ما نقص من القيمة، لأن عين المغصوب باقية فلا يملك المغصوب منه المطالبة ببدلها.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[4].

---

(١) الحديث رواه أبو داود والبيهقي والترمذي وقال: حسن غريب، قال الألباني: حسنه الترمذي، وهو صحيح انظر إرواء الغليل ٥/٣٥٣، وانظر أيضاً نيل الأوطار ٥/٣٥٩.

(٢) وهو أن الخراج كان من مبيع ملكه المشترى بعقد صحيح.
هذا الكلام بالنسبة إذا ربح، أما إذا خسر فإن الغاصب يضمنه مطلقاً لأنه نقص حصل في المغصوب، والظاهر أنه لا خلاف في ذلك.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٩/٤٤٣١ ومغني ابن قدامة ٥/٢٦٠، ولم ينقل خلاف إلا عن أبي ثور فإنه قال يضمنه، لأنه إذا تلفت العين، فيلزمه كذلك إذا ردها وانظر أيضاً التاج المذهب ٣/٣٥٨.

(٤) انظر مغني ابن قدامة ٥/٢٦١، والمهذب ١/٣٧٦.

ويرى الحنفية: أن في ذلك تفصيلاً، بينما إذا كان المغصوب ربوياً أم غير ربوي.

أ ـ فإن كان ربوياً، كما لو كان طعاماً فأتلفه الغاصب بالماء فتعفن فليس للمغصوب منه أن يضمنه النقصان، وإنما له أن يأخذه ولا شيء له غيره، وإن شاء أخذ قيمته، لأن أخذه مع قيمة النقصان يؤدي إلى ربا.

ب ـ وإن كان غير ربوي فلهم في ذلك قولان.

أحدهما: أن المغصوب منه بالخيار، إن شاء أخذ العين وقيمته النقصان، وإن شاء أخذ قيمتها كاملة يوم الغصب.

ثانيهما: أنه إن شاء أخذ العين ولا شيء له، وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب، وهذا القول هو مذهب الهادوية[1].

ويرى المالكية: أن النقص إذا كان يسيراً، بحيث لا يبطل منفعة المغصوب فلصاحبه أخذه وقيمة ما نقصت الجناية منه، وإن كان كثيراً ففيه القيمة فقط[2].

والظاهر: أن الخيار يكون للمغصوب منه لأنه صاحب الحق، فأي الأمرين اختار كان جائزاً، إلا أنه إذا اختار الرد وأخذ أرش النقص فله الحق في أرش النقص من وقت الغصب إلى وقت الرد، والله تعالى أعلم.

٩ ـ إذا غصب عيناً فاستحالت عنده، كما لو غصب بيضاً فصار فرخاً أو حباً فصار زرعاً، أو كان زرعاً فصار حباً، فهو للمغصوب منه، لأنه عين ماله فإن نقصت قيمته بالإستحالة رجع بأرش النقص، لأنه حدث في يده، ولأن ذات المغصوب وعينه قائم بعد فعل الغاصب، وإنما فات بعض صفاته، فلا يبطل حق الاسترداد.

ويدخل في ذلك أمثلة كثيرة، منها: لو غصب قطناً فغزله، أو ثوباً فقطعه أو

---

(١) انظر بدائع الصنائع ٤٤٣٩/٩ والبحر الزخار ١٨٠/٥ وأخذ به القانون، فقال في المادة ١٣٠٢: وإن فعل بالمغصوب ما يستحيل به شيئاً آخر أو غير معظم منافعه فإن المالك بالخيار بين استرجاعه مع أرش النقص أو أخذ قيمته موفرة وتصيير العين المغصوبة للغاصب.

(٢) انظر المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٧٥/٥.

خاطه قميصاً، أو لحماً فشواه أو طبخه، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو تراباً له قيمة فاتخذه خزفاً، ونحو ذلك.

وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[1].

ويرى الحنفية والهادوية: أنه ليس للمالك أن يسترد شيئاً من ذلك وأن ملكه يزول، وينتقل الملك للغاصب ويجب عليه القيمة يوم الغصب.

وعللوا لذلك: بأن فعل الغاصب في هذه الأمور ونحوها وقع استهلاكاً للمغصوب، إما صورة ومعنى، أو معنى لا صورة، فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية الاسترداد، كما إذا استهلكه حقيقة[2].

ويبدو: أن القول الأول هو الراجح، لأن الغاصب فعل بالمغصوب فعلاً على وجه التعدي لم يذهب بماليته، فلم يزل ملك المغصوب منه[3].

١٠ ـ إذا غصب عيناً فعمل فيها عملاً زادت في قيمتها، كما لو غصب ثوباً فقصره، أو قطناً فغزله فنسجه، أو ذهباً فصاغه حلياً، رده على المالك، ولا شيء للغاصب، لأن عمله في المغصوب يعتبر تبرعاً في ملك غيره، فلم يشاركه ببدله، سواء زادت العين أم لم تزد.

هذا قول للفقهاء وهو مذهب الشافعية والحنابلة[4].

---

(١) انظر المهذب ٣٧٧/١، ومغني ابن قدامة ٢٦٥/٥.

وهناك قول في مذهب المالكية وهو منقول عن ابن القاسم: أنه يرد مثله في الوزن، ونقل عن أشهب: إنه ليس أن يعطيه قيمة الصنعة، لما في ذلك من التفاضل، إن كان مما يجري فيه الربا عندهم، وإن كان المستهلك مجهول العدد لزمت فيه القيمة، لأن اعتبار المثل مع الجهل يؤدي إلى ربا، انظر المنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٧٨/٥.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤٤١٩/٩، والبحر الزخار ١٨١/٥، والتاج المذهب ٣٥٩/٣.

(٣) ويظهر من المادة ١٢٩٥ في القانون أن الغاصب مخير في هذه الحالة بين أخذ العين مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة فقال فيها: إذا غير الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم، ولو كان التغيير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله.

(٤) انظر المهذب ٣٧٧/١، ومغني ابن قدامة ٢٦٣/٥، وبدائع الصنائع. ٤٤٤٤/٩.

وهناك قولان آخران للفقهاء أيضاً:

أحدهما: أن المالك بالخيار، إن شاء تركه على الغاصب وضمنه قيمته يوم الغصب، ولا يجبر الغاصب على أخذه، لعدم وجود سبب الضمان منه.

وإن شاء أخذ المغصوب وأعطى الغاصب قيمة الزيادة إن وجدت، أما جواز أخذه من الغاصب، فلأن عين المغصوب باقية اسماً ومعنى، وأما ضمان ما زاد في المغصوب، فلأن للغاصب عين مال فيه متقومة فلا سبيل إلى إبطال ملكه عليه من غير ضمان، وهذا قول في مذهب الحنفية، وهو قول للمالكية(١).

ثانيهما: أن الغاصب يشارك المالك بالزيادة، لأنها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت مجرى الأعيان، فيباع المغصوب ويقسم الثمن بينهما على قدر حقهما، وهذا قول في مذهب الحنفية والحنابلة(٢).

إلا أن الحنفية جعلوا ذلك على الخيار، يعني أنه يخير بين أخذ المغصوب ودفع قيمة الزيادة للغاصب، واما أن يتركه للغاصب ويأخذ قيمته يوم الغصب، وإما أن يشتركا فيه فيأخذ كل واحد منهما قدر حقه(٣).

المسألة الثانية: في أحكام الغصب فيما إذا كان المغصوب عقاراً.

١ ـ من غصب عقاراً وجب عليه رده إن كان باقياً، وهذا لا خلاف فيه عند الفقهاء، سواء كان أرضاً أم دوراً.

---

(١) وهو قول ابن القاسم من المالكية، انظر بدائع الصنائع ٤٤٤٤/٩، والمنتقى شرح الموطأ للباجي ٢٧٧/٥.

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) وحكم هذه المسألة في مذهب الهادوية كالمسألة السابقة، وهو أن الغاصب يملك ما استهلكه بخلطه أو فعل بالمغصوب فعلاً كان سبباً لإزالة اسمه وإذهاب معظم منافعه، ومثلوا لذلك بقولهم: كالقطن يغزله وينسجه أو بيضاً فيحضنه أو حباً فيطحنه أو دقيقاً فيخبزه، ونحو ذلك فإن الغاصب يملكه وليس للمالك أخذه، ولا بد من اعتبار زوال الاسم وزوال معظم المنافع، وكون زوالها بفعل الغاصب، انظر التاج المذهب ٣٥٩/٣.
والظاهر أن القانون في هذه المسألة وفي التي قبلها رأى أن المغصوب منه مخير بين أخذها مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم كما جاء ذلك في المادة ١٢٩٥ وهو الراجح فيما يبدو، والله تعالى أعلم.

وإن هلك في يد الغاصب ضمنه، كما يضمن المنقول.

وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1].

واستدلوا بحديث سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين»[2].

فيدل الحديث على أن العقار يمكن غصبه والاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه، كسائر الأموال، مثل أن يسكن الدار ويمنع صاحبها من دخولها، فأشبه ما لو أخذ دابة ومنع صاحبها منها.

وهذا قول محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية.

ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف: أن غصب العقار لا يتحقق، وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه، وهو مذهب الهادوية[3].

لأن الغصب إثبات اليد بإزالة يد المالك بفعل في العين، وهذا لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها، وهو فعل فيه لا في العقار، فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي.

هذا الحكم بالنسبة إذا تلفت بدون فعل من الغاصب، أما إذا أتلفها بفعله أو أنقص منها فإنه يضمن، ولا خلاف في ذلك، لأن ذلك إتلاف وهو يجب فيه الضمان ولو لم يكن المتلف مغصوباً.

---

(١) انظر تكملة المجموع ١٤/٦٤، ومغني ابن قدامة ٥/٢٤١، وبداية المجتهد ٢/٣١٦.

(٢) رواه البخاري ومسلم، وهو مروي برواية أخرى، تقدم في حكم الغصب.

(٣) وفي قول لهما: إن الغصب يتحقق في العقار لكن على وجه يوجب الضمان.
انظر تكملة فتح القدير ٩/٣٢٣ ـ ٣٢٤ والمراجع السابقة، وانظر أيضاً البحر الزخار ٥/١٧٦، وقيد الهادوية قولهم بعدم الضمان بما إذا لم يتلف العقار تحت يد الغاصب، كما لو منع الناصب المالك بالزجر أو دخلها بالغصب لم يضمن، لأنه لم يضع يده عليها أما إذا وضع يده عليها وتلفت ضمنها، وأخذ القانون بهذا الرأي فقال في المادة ١٢٨٧: لا يضمن الغاصب من غير المنقول ـ العقار ـ إلا إذا تلف تحت يده، ولكن تلزمه أجرة العين المغصوبة مدة بقائها معه، ويلزمه إعادة العين لصاحبها.

ويبدو أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح، لأنه من الممكن إزالة يد المالك من العقار وإثبات يد الغاصب عليه، ولا يمكن اجتماع اليدين على محل واحد والله تعالى أعلم.

٢ - إذا غصب أرضاً فغرس فيها غرساً أو بنى فيها بناء فطلب صاحب الأرض قلع غرسه أو بنائه لزم الغاصب ذلك، ونقل اتفاق الفقهاء على ذلك[١].

واستدلوا بحديث عروة بن الزبير: أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً فهي له، وليس لعرق ظالم حق»، قال عروة: ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث: أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال: فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنها لنخل عم[٢].

ويلزم الغاصب تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه، لأنه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته إزالته.

فإن أراد صاحب الأرض إبقاء الشجر أو البناء على الأرض ووافق الغاصب على ذلك وجب على المالك قيمة الغرس أو البناء، لأن الغرس والبناء عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الأرض أخذه بغير عوض، فإن طلب المالك أخذ الغرس أو البناء وإبقائه في الأرض بالقيمة فأبى الغاصب فلا يجبر على إبقائه وله قلعه، لأنه ملكه، فله نقله، ولا يجبر على أخذ القيمة، يعني: أن الغاصب مخير بين ترك البناء أو الغرس للمالك وأخذ القيمة، وبين أن يأخذ ملكه من الأرض، وهذا مذهب أكثر الفقهاء.

ويرى المالكية: أنه للمغصوب منه، فيأمر الغاصب بهدم بنائه أو قلع غرسه وتسوية الأرض أو يدفع له قيمة بنائه منقوصاً ويأخذه[٣].

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٢٤٢/٥، ونيل الأوطار ٣٦٠/٥، وتكملة فتح القدير ٣٤٢/٩، والمهذب ٣٧٨/١.

(٢) رواه أبو داود والدارقطني وحسن ابن حجر اسناده وصححه الألباني، انظر نيل الأوطار ٥/ ٣٥٩، وإرواء الغليل٣٥٣/٥، ومعنى قوله - عم - بضم العين أي طوال.

(٣) انظر حاشية الدسوقي ٤٤٩/٣، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥٩.

ويبدو أن مذهب الجمهور هو الراجح، عملاً بمفهوم حديث عروة، والله تعالى أعلم(١).

٣ ـ إذا غصب أرضاً فزرعها، فإن استرجعها صاحبها بعد حصاد الزرع كان الزرع للغاصب، ولزمه أجرة الأرض إلى وقت التسليم وضمان النقص، ونقل الاتفاق على ذلك(٢).

وإن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها فصاحبها مخير بين أن يترك الزرع إلى الحصاد ويأخذ من الغاصب أجرة الأرض وأرش نقصها، وبين أن يدفع إليه قيمة الزرع ويكون له، ولا يجبر الغاصب على قلع الزرع، وهذا مذهب الحنابلة(٣).

واستدلوا بحديث رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته»(٤).

فإنه يدل على أن الغاصب لا يجبر على قلع الزرع.

وذهب أكثر الفقهاء: إلى أن للمالك الحق في إجبار الغاصب على قلع الزرع وأنه لا فرق بين الزرع والغرس فالحكم في ذلك سواء(٥).

واستدلوا بعموم حديث عروة بن الزبير السابق، وفيه «ليس لعرق ظالم حق»، فإنه زرع في ملك غيره ظلماً وعدواناً فيجبره المالك على قلعه إن أراد ذلك عملاً بهذا الحديث(٦).

---

(١) ويرى الهادوية: أنه لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس فيها غرساً فعلى الغاصب رفعهما إذا لم يسبب رفعهما إلى نقص في الأرض، فإن علم أنه يؤدي رفعهما إلى نقصها خير المالك بين رفعهما أو أخذ قيمة الأرض يوم القلع، فإن اختار القيمة وجب على الغاصب دفعها وكانت له الغرسة، انظر التاج المذهب ٣/٣٥٦.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٥/٢٥٣، ونيل الأوطار ٥/٣٦٠، وإذا كانت مما تزرع وتركها الغاصب بدون زراعة فيضمن أيضاً أجرتها ونقصها إذا نقصت.

(٣) انظر كشاف القناع ٥/٨٧ والمراجع السابقة.

(٤) رواه الخمسة إلا النسائي، وقال البخاري: حديث حسن، ونقل الشوكاني عن جماعة من المحدثين إنهم ضعفوه، انظر نيل الأوطار ٥/٣٥٩.

(٥) انظر نيل الأوطر ٥/٣٦٠ ومغني ابن قدامة ٥/٢٥٣.

(٦) وفي مذهب المالكية تفصيل في ذلك وحاصله: أنه إذا أخذ الأرض صاحبها في إبان الزراعة=

ويبدو لي: أن حديث رافع بن خديج أخص، فيكون الراجح هو القول الأول، أعني: قول من قال: بأن الغاصب لا يجبر على قلع الزرع، عملاً بحديث رافع، وأما الاستدلال بحديث عروة فإنه مرجوح، لأنه عام مخصوص فيقتصر على سببه، والله تعالى أعلم[1].

المسألة الثالثة: في أحكام تصرفات الغاصب ونحوه في العين المملوكة لغيره.

١ ـ إذا دخل أرض إنسان أو داره بغير إذنه فتلفت لم يضمنها، سواء كان صاحبها فيها أم لم يكن فيها.

وهذا مذهب الحنابلة والحنفية[2].

وعللوا لذلك: بأنه ليس بغاصب لها ولا مستعير، وإذا كان مجرد الدخول لا يعتبر غصباً فلا يضمن.

وقال محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية: إذا لم يكن صاحبها فيها ودخلها بغير إذنه فإنه يضمن، وهذا مذهب الشافعية، إلا أنهم قيدوه بقصد الاستيلاء عليها[3].

وعللوا لذلك: بأن يد الداخل تثبت عليها فيصير غاصباً، بدليل إنهما لو تنازعا في الدار ولا بينة لهما حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها.

ويبدو أن القول بعدم الضمان هو الراجح، لأن مجرد الدخول لا يعتبر غصباً

= ـ أي وقتها ـ فهو مخير بين أن يقلع الزرع أو يتركه للزارع ويأخذ الكراء، وإن أخذها بعد الإبان، فقيل هو مخير كذلك، وقيل: له قلعه، وله الكراء، ويكون الزرع لزارعه، انظر قوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٠.

(١) وأخذ القانون بمذهب جمهور الفقهاء، وهو أن الخيار للمالك، كما نصت المادة ١٣١٩: بأنه إذا أحدث شخص شيئاً في أرض غيره بمواد مملوكة له كان لصاحب الأرض الخيار بين طلب إزالتها أو إبقائها في مقابل أن يدفع لصاحبها إما تعويضاً بقيمتها مستحقة القلع أو ما زاد في قيمة الأرض لسببها، يعني: إن الغاصب يأخذ قيمة مواده أو ما زاد على قيمة الأرض قبل إدخال المواد فيها، كالبذور ونحوها.

(٢) انظر مغني ابن قدامة ٢٤٢/٥، وبدائع الصنائع ٤٤١٥/٩.

(٣) انظر مغني المحتاج ٢٦/٢، ونهاية المحتاج ١٤٨/٥.

في المعنى، إلا إذا ثبت بإقرار أو بينة بأنه يريد الاستيلاء عليها.

٢ ـ من استكره امرأة على الزنا، فعليه الحد دونها، لأنها معذورة، وهذا لا خلاف فيه، وإنما اختلفوا في وجوب المهر لها.

فيرى جمهور الفقهاء: أن لها مهر مثلها، كما لو وطئها بشبهة(١).

ويرى الحنفية: أنه لا مهر لها، لأنه وطء وجب فيه الحد، فلم يجب فيه المهر، فلا يجتمع وجوب المهر والحد(٢).

والظاهر أن القول بوجوب المهر هو الراجح، لأنها مستكرهه وليست مطاوعة، وليس عليها حد، بخلاف ما لو كانت مطاوعة فلا مهر لها وعليها الحد.

٣ ـ إذا تصرف الغاصب في العين المغصوبة ببيع أو إجارة أو أودعها أو أعارها، ونحو ذلك من التصرفات التي تنقل العين إلى غير المالك ثم تلفت بيد من انتقلت إليه، فالمالك مخير في مطالبة من شاء منهما بضمان العين المغصوبة والمنفعة من يوم غصبها، سواء كان من انتقلت إليه عالماً بالغصب أم جاهلاً، لأن العين المغصوبة صارت في يده بغير حق فللمالك تضمينه كما يملك تضمين الغاصب.

فإن كانت يد من انتقلت إليه يد ضمان، كالعارية، والبيع والقرض استقر الضمان عليه، لأنه دخل في هذه العقود على الضمان فلا يعتبر ذلك تغريراً من الغاصب، سواء جهل الغصب أم علمه.

وإذا ضمن المالك المشتري من الغاصب أو المستعير منه قيمة العين المغصوبة والمنفعة رجع على الغاصب بقية المنفعة دون العين، لأن ضمانها استقر عليه بالعقد.

وإن كانت يده ليست يد ضمان، كالمودع والموهوب له وضمنهما المالك العين والمنفعة، فإن لم يكن التلف بتفريط منهما ولم يكونا عالمين بالغصب رجعا

---

(١) انظر مغني ابن قدامة ٢٧٢/٥، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٦٢.

(٢) انظر بدائع الصنائع ٤٨١١/١٠.

على الغاصب بما غرماه من قيمة العين والمنفعة، لأنهما لم يدخلا على ضمان شيء، وكذلك الوكيل والمرتهن، لأن كلا منهم أمين ويرجعون بذلك على الغاصب، لأنه غرهم.

فإن ضمن المالك الغاصب لم يرجع على المتهب ولا على الوديع بشيء إذا لم يكونا عالمين بالغصب، لأنهما لم يدخلا على ضمان شيء[1].

وهذا بناء على مذهب الشافعية والحنابلة، من حيث أن الغاصب يضمن العين إذا تلفت بمثلها إن كانت من المثلي أو بقيمتها إن لم يكن لها مثل، وكذلك يضمن غلتها[2].

ومذهب الحنفية والمالكية كمذهب الشافعية والحنابلة، من حيث أن المالك مخير في تضمين العين من شاء من الغاصب أو ممن انتقلت إليه، سواء علم بالغصب أم جهل.

وكذلك أيضاً فيما إذا اختار المالك تضمين من انتقلت إليه العين المغصوبة ويده عليها يد أمانة وهو لم يعلم بالحال يرجع إلى الغاصب فيما غرمه، وإن علم بذلك أو كانت يده يد ضمان لم يرجع إلى الغاصب، هذا في تضمين العين.

وأما المنافع فإنها ليست بمضمونة للمغصوب منه، فإن الحنفية يرون أن ملك المغصوب ينتقل إلى الغاصب، وكذلك يكون ما حدث من منافع فهي للغاصب وليست للمالك[3].

وعلى ذلك فلا يستحق المالك إلا العين المغصوبة أو قيمتها إذا تلفت، إلا

---

(١) انظر نهاية المحتاج ١٥٤/٥ و١٥٥، وكشاف القناع ١٩٠/٥ وما بعدها، ويسترد المشتري والمستأجر من الغاصب ما دفعا إليه من المسمى في البيع والإجارة، سواء جهلا أم علما، لأن العقد في البيع والإجارة غير صحيح، لأن البائع أو المؤجر ليس ملكاً ولا مأذوناً له فلا يملك الثمن ولا الأجرة بالعقد الفاسد.

(٢) وكذلك إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فللمالك تضمين من شاء، فإن ضمن المالك الأكل رجع إلى الغاصب إن لم يعلم بالغصب، فإن علم أنه مغصوب استقر الضمان عليه، لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه، انظر نهاية المحتاج ١٥٥/٥، ومغني ابن قدامة ٢٩٣/٥.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٤٤٠٥/٩ و٤٤٢٤.

إذا كانت قائمة ولها زوائد منفصلة، كالولد والثمرة فإنها تكون تابعة للعين من حيث أن لها قيمة تضاف إلى الأصل للمالك، أما من حيث الملك فإنها تكون للغاصب، وعلى ذلك فليس للمالك شيء من المنافع، لأن الخراج بالضمان، وقد تقدم تفصيل ذلك في المسألة الأولى[1].

٤ ـ فإن غصب خمراً أو خنزيراً لمسلم فهلك، أو أتلف ذلك بدون غصب فليس عليه ضمان، لأن الخمر ونحوها من المحرمات ليست بمال متقوم في حق المسلم، بل إنها لو لم تهلك فلا يلزم ردها وإنما يجب إراقتها، ولا أعلم في ذلك خلافاً.

ومما يدل على وجوب إراقتها حديث أنس عن أبي طلحة: أنه قال: يا رسول الله إني اشتريت خمراً لأيتام في حجري، فقال: «أهرق الخمر وأكسر الدنان»[2].

وحديث عبد الله بن أبي الهذيل قال: كان عبد الله يحلف بالله أن التي أمر بها رسول الله ﷺ حين حرمت الخمر أن تكسر دنانه وأن تكفأ لَمِنَ التمر والزبيب[3].

واختلفوا فيما إذا كانت لغير مسلم وتلفت في يد الغاصب، فهل يضمنها أم لم يضمنها؟ وتفصيل ذلك فيما يأتي:

١ ـ إذا غصب الخمر من ذمي وجب عليه ردها، لأنه يقر على شربها ولا

---

(١) وذكر المالكية تفصيلاً في حكم المنافع، قال ابن جزي في غلة الشيء المغصوب: إن كانت ولادة، كنتاج البهائم وولد الأمة فيردها الغاصب مع الأمة باتفاق، وإن وطىء الجارية فعليه الحد وولده منها رقيق للمغصوب منه، وأما إن كانت غير ذلك ففيها خمسة أقوال: قيل: يردها مطلقاً، لتعديه، وفاقاً للشافعي، وقيل: لا يردها مطلقاً، لأنها في مقابلة الضمان الذي عليه، وقيل: يردها في الأصول والعقار، لأنه مأمون ولا يتحقق الضمان فيه دون الحيوان وشبهه مما يتحقق فيه الضمان، وقيل: يردها إن انتفع بها ولا يردها إن عطلها، وفاقاً لأبي حنيفة، وقيل يردها إن غصب المنافع خاصة ولا يردها إن غصب المنافع والرقاب، انظر قوانين الأحكام الشرعية ص/ ٣٥٩.
وأما الهادوية فإن مذهبهم في هذه المسألة يتفق مع مذهب الشافعية ومن معهم من حيث أن للمالك أن يطالب كل من انتقلت إليه العين المغصوبة وبأرش نقصها إن نقصت وبأجرة بقائها إن كان لها أجرة وإن لم تؤجر، وإن جهل من انتقلت إليه بأنها غصب رجع إلى الغاصب بكل ما غرمه في العين المغصوبة، انظر التاج المذهب ٣/٣٦١ و٣٦٢.

(٢) رواه الترمذي والدارقطني ورجال إسناده ثقات، وأصله في صحيح مسلم، انظر نيل الأوطار ٥/٣٧١.

(٣) رواه الدارقطني، قال الشوكاني: ورجاله ثقات، انظر المرجع السابق.

تراق عليه إلا أن يظهر شربها وبيعها في المجتمع المسلم، لأن ذلك يعتبر إهانة للإسلام.

٢ ـ فإن أتلفها المسلم أو غصبها فتلفت في يده فلا يغرم قيمتها، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة[١].

واستدلوا بحديث جابر أن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[٢].

قالوا: وما حرم بيعه لم تجب قيمته، وما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي، لأنها غير متقومة، فلا تضمن كالميتة[٣].

ويرى الحنفية والمالكية والهادوية: أن من أتلف خمراً أو خنزيراً لذمي فعليه الضمان، لأن الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم، فالخمر في حقهم كالخل بالنسبة لنا، والخنزير كالشاة بالنسبة لنا، ونحن مأمورون أن نتركهم وما يدينون به.

وكذلك الصليب، فإنه لو أتلفه مسلم على ذمي يضمنه لأنه مقر على ذلك[٤].

٥ ـ من غصب شيئاً فأتلفه أو أتلفه بغير غصب ضمنه، سواء كان الإتلاف عمداً أم خطأ وسهواً إذا كان مالاً محترماً، ولا خلاف في ذلك في الجملة عند الفقهاء فيما أعلم.

---

(١) انظر مغني المحتاج ٢/٢٨٥، ومغني ابن قدامة ٥/٢٩٩ و٣٠١.

(٢) رواه البخاري ومسلم وغيرهما انظر فتح الباري ٤/٤٢٤.

(٣) وكذلك كل ما كان محرماً كالخنزير والأصنام والميتة والدم، فلا ضمان فيه، لأنه لا يقابل بشيء، وكذلك آلات الملاهي كالمزمار والطنبور ـ العود ـ ونحو ذلك فلا يجب في كسرها شيء، لأن منفعتها محرمة انظر مغني ابن قدامة ٥/٣٠١، ومغني المحتاج ٢/٢٨٥، وتكملة فتح القدير ٩/٣٦٧، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: من كسرها فهو ضامن وبيع هذه الأمور جائز، لأنها أموال، وإنها ينتفع بها في بعض الوجوه، يعني أنها آلة تصلح للحلال والحرام، هذا ما كان في اللهو المحرم أما ما لم يكن محرماً كطبل الغزاة ودف العرس فقد نقل الاتفاق على عدم جواز كسره.

(٤) انظر بدائع الصنائع ٩/٤٤١٢ و٤٤١٤، وتكملة فتح القدير ٩/٣٥٨، ومغني ابن قدامة ٥/١٩٩، والبحر الزخار ٥/١٧٤.

وإنما اختلفوا في التفصيل في بعض المتلفات نذكر منها ما يأتي:

١ ـ إذا فتح قفصاً على طائر فطار أو حل دابة فذهبت ضمنها مطلقاً، سواء أهاجهما أم لا، وسواء طار الطير وذهبت الدابة فور فعله أم تأخر ذلك منهما، وهذا مذهب الحنابلة والمالكية، وهو قول محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية[١].

وعللوا لذلك: بأن الذهاب كان بسبب منه، لأن طبيعة الطير يطير إذا وجد مخلصاً، وكذلك الدابة تنفر متى تمكنت من النفور، وذلك كان بسبب منه فيلزمه الضمان.

ويرى الشافعية: أنه لا يضمن إلا إذا نفر الطير أو أهاج الدابة، أما إذا لم يهجهما فلا يضمن، لأن نفور الطير والدابة كان بسبب منه غير ملجيء، وإذا لم يكن ملجئاً سقط حكم السبب، وكأن الطير طار باختياره، ونفرت الدابة باختيار منها.

فإذا لم يهجه وطار عقب الفتح بدون تنفير منه ففي المذهب قولان:

أحدهما: انه لا يضمن، لأنه طار باختيار منه.

ثانيهما: أنه يضمن، لأن الطير من طبعه ينفر ممن قرب منه[٢].

ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف: أنه لا يضمن مطلقاً.

لأن الفتح ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً، لأن الطير مختار في الطيران، لأنه حي وكل حي له اختيار[٣].

ويبدو: أن القول الأول هو الراجح، لوضوح دليله، والله تعالى أعلم.

لو فتح زقا ـ وعاء ـ فأتلف ما فيه من مائع ضمنه، سواء خرج ما في الوعاء

---

(١) انظر كشاف القناع ١٢٩/٥، وبدائع الصنائع ٤٤٥٧/٩، وقوانين الأحكام الشرعية ص/٣٦٠.

(٢) انظر المهذب ٣٨١/١، ونهاية المحتاج ١٥٢/٥.

(٣) انظر بدائع الصنائع ٤٤٥٧/٩.

في الحال، أم خرج قليلاً قليلاً، وسواء كان مائعاً فسال، أو كان جامداً فذاب بشمس.

وهذا قول أكثر فقهاء الحنابلة، وهو ظاهر مذهب المالكية.

وعللوا لذلك: بأن فعله كان سبباً لتلف ما في الوعاء[1].

ويرى الشافعية: أنه إن فتحه وسال ما فيه في الحال ضمن، وكذلك إذا مال على أحد جانبيه فسال شيئاً فشيئاً فيضمنه، لأن بعضه ذهب بفعله، وبعضه بسبب فعله.

فإن لم يمل على أحد جانبيه فجاءت ريح أو زلزلة فأمالته وذهب ما فيه لم يضمن، لأن ذهابه لم يكن بفعله.

وإن كان ما في الوعاء جامداً فلم يسل فلما أصابته الشمس سال، ففي المذهب قولان:

أحدهما: لا يضمن، وهو مذهب الحنفية، لأن السيلان لم يكن بفعله، وإنما هو بحرارة الشمس، بخلاف ما لو كان مائعاً فيضمن، لأن المائع يسيل بطبعه فيستحيل إمساكه عادة فيلزمه ضمانه[2].

ثانيهما: يضمن، وهو الصحيح عندهم، لأن الشمس لا توجب خروجه وإنما تذيبه، والخروج كان بسببه فيضمنه.

والقول الأول هو الراجح فيما يظهر لي، وهو أنه يضمن مطلقاً، لأنه متسبب، والله تعالى أعلم.

٣ ـ لو أوقد ناراً في سطحه فطارت شرارة إلى دار جاره أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فأغرقها، فإن كان فعل ذلك بما جرت به العادة ولم يفرط لم يضمن، فإن فرط، كما لو نام والماء مفتوح والنار مؤججة، أو أفرط في

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥/٣٠٥.

(٢) انظر المهذب ٣٨٢/١، وبدائع الصنائع ٤٤٥٧/٩.

تأجيج النار إفراطاً يسري في العادة لكثرتها، أو أجج في ريح شديدة تحملها إلى ملك غيره ضمن، لأنه يعتبر متعدياً[١].

٤ ـ إذا ألقت الريح إلى داره ثوب غيره لزمه حفظه، لأنه أمانة بيده إلى أن يرده لربه، فإن لم يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة، فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ورده إليه، فإن لم يفعل ضمنه، لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه فصار كالغصب[٢].

٥ ـ من حفر بئراً في طريق المسلمين، وكذلك في ملك غيره بغير إذن فتلف بها إنسان، فإنه يجب ضمانه على عاقلة الحافر، والكفارة في ماله وإن تلف بها غير آدمي وجب ضمانه في مال الحافر ويلتحق بالبئر كل حفرة حفرها فأضرت بإنسان أو بغير إنسان، لأن الحفر كان سبباً لإهلاك نفس أو مال فيضمن ما تلف، لأنه متعد.

وإن حفرها في مفازة بعيدة عن طريق المارة أو في ملكه فوقع فيها دابة أو إنسان فلا شيء عليه، وكذلك لو استأجر إنساناً ليحفر له بئراً فانهارت عليه فلا ضمان عليه إذا لم يكن منه تسبب أو تغرير، وهذا التفصيل هو المشهور عند الفقهاء[٣].

واستدلوا على عدم ضمانه إذا لم يكن متسبباً بحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جبار والبئر جبار وفي الركاز الخمس»[٤].

---

(١) انظر المهذب ٣٨٢/١، وكشاف القناع ١٣٣/٥.

(٢) انظر المرجعين السابقين.

(٣) انظر فتح الباري ٢٥٥/١٢، وبدائع الصنائع ٤٧٠٩/١٠، وكشاف القناع ١٣٤/٥، وقوانين الأحكام الشرعية ص/٣٦١ ونقل عن ابن حجر عن الحنفية: إنهم يضمنون حافر البئر مطلقاً قياساً على راكب الدابة ثم قال: ولا قياس مع النص، انظر فتح الباري ٣٥٥/١٢، وبالرجوع في مذهبهم وجدت لهم تفصيلات كثيرة فليراجع بدائع الصنائع ٤٧٠٩/١٠.

(٤) رواه البخاري وغيره، انظر فتح الباري ٢٥٤/١٢، ومعنى جبار: هدر، قال ابن حجر: وقد استدل بهذا الحديث الظاهرية على أنه لا ضمان فيما أتلفته البهيمة، سواء كانت منفردة أو معها أحد، وسواء كان راكبها أو سائقها أو قائدها معها أم لا، إلا إذا كان الفعل منسوباً إليه،=

٦ ـ إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، كما لو قال المغصوب منه: هو باق، فقال الغاصب: بل تلف، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأنه تعذر إقامة البينه على التلف، وللمالك المطالبة ببدله.

وإن اختلفا في قيمة المغصوب ولا بينة لأحدهما، فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة.

وإن اختلفا في رد المغصوب أو رد مثله أو قيمته فالقول قول المالك، لأن الأصل عدم ذلك، واشتغال ذمته به، ما لم تقم بينة على ذلك[1].

وهذه المسألة آخر ما جمعته في هذه البحوث، وأرجوا من الله تعالى أن أكون قد سددت أو قاربت فيما كتبت فيها من موضوعات وأن يستفيد منها طلبة العلم بحول الله وقدرته وأن يثيبني على ذلك بمنه وكرمه.

وصلى الله وسلم على سيدنا محمد إمام المرسلين وخاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى التابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وكان آخر ما تم جمعه من البحوث في فقه المعاملات المالية في يوم السبت الحادي عشر من شهر رمضان المبارك السنة الثانية بعد الأربعمائة والألف للهجرة ١٤١٢/١١/٩ هـ.

الموافق ١٤ مارس ١٩٩٢م.

ويلي هذه البحوث بحثان آخران، وهما:

المبحث الثاني عشر: في أحكام الوديعة.

المبحث الثالث عشر: في أحكام العارية.

= كأن زجرها فأتلفت ما مرت عليه فإنه يضمن، ونقل عن الشافعية: إنهم يضمنون ما أتلفته البهيمة مطلقاً ما دام معها إنساناً فيضمن ذلك الإنسان سواء كانت ملكاً له أم لغيره، والمراد بالعجماء البهيمة التي ترعى في النهار لا كل بهيمة، وأما بالليل فيضمن ربها ما أتلفته، لأن عليه حفظها بالليل، وذكر دليلاً على التخصيص، والظاهر: أن ذلك يرجع إلى العرف، والله تعالى أعلم.

(١) انظر مغني ابن قدامة ٥/٢٩٤ والمهذب ١/٣٨٣.

المبحث الثاني عشر : في أحكام الوديعة
وفيه أربعة مطالب
المطلب الأول
في تعريف الوديعة وحكمها

١ ـ تعريف الوديعة لغة وشرعاً .

أما تعريفها لغةً فهو كما يلي :

الوديعة : مشتقة من الدعة ـ بفتح الدال والعين ـ وهي الراحة . وهي على وزن : فعيلة ، بمعنى : مفعولة ، وأودعت زيداً مالاً : دفعته إليه ليكون عنده وديعة يحفظه ، وأخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد ، ولكن في الدافع أشهر[١] .

وأما تعريفها شرعاً : فقد اختلفت عبارات الفقهاء فيه .

فقال بعضهم : هي المال المدفوع إلى من يحفظه من غير عوض .

فخرج بقيد المال : ما ليس بمال ، كالمحرم ، وما لا نفع فيه .

وخرج بقيد الدفع : ما ألقته الريح إلى دار ، كثوب ونحوه وما أخذ بالتعدي ،

وخرج بقيد الحفظ : العارية ونحوها ، مما يؤخذ للانتفاع به .

وخرج بقيد عدم العوض : الأجير على حفظ المال ، كالحارس ونحوه .

وقال بعضهم : هي توكيل بحفظ مال[٢] .

يعني أن الإيداع نوع خاص من التوكيل ، وهو خاص بحفظ المال .

بخلاف التوكيل في البيع والشراء ، ونحو ذلك ، فإنه توكيل بالحفظ والتصرف[٣] .

---

(١) انظر : المصباح المنير (٢/٨١٣) .

(٢) انظر : كشاف القناع (٥/١٨٥) .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي (٣/٤١٩) وعرفها بعض الفقهاء أيضاً بقوله هي العقد المقتضى للاستحفاظ ، أو العين المستحفظة به حقيقة فيهما انظر : نهاية المحتاج (٦/١٠٩) .

ب ـ حكم قبول الوديعة :

الأصل في الوديعة إنها مستحبة وليست بواجبة .

واستدل الفقهاء على استحباب قبول الودائع بقوله تعالى : ﴿ إن اللّه يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾[1] .

وبقوله تعالى : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً فليـؤدِ الذي اؤتمن أمانته ﴾[2] .

وبقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾[3] .

وبقوله تعالى : ﴿ وافعلوا الخير لعلكم تفلحون ﴾[4] .

وأما دليلهم من السنة فهو حديث أبي هريرة أن النبي صلى اللّه عليه وآله وسلم قال : «إد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[5] .

واستدلوا بحديث أبي هريرة أيضاً : أن النبي صلى اللّه عليه وآلـه وسلم قال : «واللّه في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[6] .

وقال الفقهاء : إن الوديعة لا تستحب إلا لمن يعلم من نفسه الأمانة وله قدرة على حفظ الوديعة .

وأما إذا كان عاجزاً عن الحفظ أو لا يأمن من نفسه الخيانة فيها فلا يجوز قبولها ، لأنه يغر صاحبها ويعرضها للهلاك .

جـ ـ وقد يكون قبول الوديعة واجباً ، وذلك إذا لم يوجد من يصلح لحفظها وأدائها وخاف إن لم يقبلها هلكت ، لأن ذلك يعتبر ضياعاً للمال ، وقد حرم الشرع إضاعة المال

---

(١) سورة النساء، الآية : ٥٨ .

(٢) سورة البقرة، الآية : ٢٨٣ .

(٣) سورة المائدة، الآية : ١ .

(٤) سورة الحج، الآية : ٧٧.

(٥) رواه أبو داود والترمذي وحسنه الحاكم وصححه واستنكره أبو حاتم الرازي وأخرجه أيضاً البيهقي ومالك انظر : نيل الأوطار (٥/٣٣٤) .

(٦) رواه مسلم في صحيحه في كتاب الذكر انظر : شرح صحيح مسلم للنووي (٥/٥٥٠) .

ويدل على ذلك حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم»[1] .

وحديث المغيرة بن شعبة قال : قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعا وهات ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال[2]» .

المطلب الثاني
في أركان الوديعة

وهي الصيغة ، والمودِع ـ بكسر الدال ـ والمودَع ـ بفتح الدال والوديعة .

ـ الركن الأول : الصيغة وما يشترط فيها :

المراد بالصيغة : الإيجاب ، وهو اللفظ أو الفعل الصادر من المودع ـ بكسر الدال ـ والقبول : هو اللفظ أو الفعل الصادر من المودع . بفتح الدال .

ولا يشترط جمهور الفقهاء : أن تكون الصيغة باللفظ ، فمن وضع مالاً عند شخص ولم يقل له : احفظه ، بل تركه وذهب ، فلو ضاع المال ضمن ، لأن سكوته عند وضع المال يدل على قبول حفظه[3] .

واشترط فقهاء الشافعية : التلفظ بالإيجاب من المودع بكسر الدال فيقول : استودعتك أو استحفظتك ، أو أنبتك في حفظ كذا ، ولا يشترط التلفظ بالقبول في الأصح من المذهب وإنما يكفي القبض .

وفي قول لهم : لا يشترط التلفظ بالإيجاب من المودع ـ بكسر الدال ـ وإنما يشترط

---

(١) رواه البخاري ومسلم وغيرهما في حديث خطبة حجة الوداع في أيام منى انظر : فتح الباري (٥٧٣/٣) .

(٢) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الاستقراض انظر : فتح الباري (٦٨/٥) وانظر : مصادر الفقهاء في هذه المسألة تكملة المجموع (٦/١٤) وكشاف القناع (١٨٥/٥) .

(٣) انظر : المصادر السابقة وحاشية الدسوقي (٤١٩/٣) .

التلفظ من أحد الجانبين ، سواء كان من الموجب أو القابل والفعل من الآخر ، فلو قال رجل لآخر : أودعني كـذا ، فأعـطاه بدون تلفظ كفى ، وتم العقـد ، لحصول العلم بالمقصود[٢] .

والظاهر : أن الوديعة تنعقد بالتسليم من المودع ـ بكسر الدال ـ وبالتسـلم من المودع ـ بفتح الدال ـ ولا يحتاج ذلك إلى تلفظ . وأما ما يعتبر تسليماً وتسلماً : فمرد ذلك إلى العرف ، فمن وضع متاعه عند إنسان وذهب فهل يعتبر ذلك الإنسان مودعاً أم لا ؟ .

يرد ذلك إلى العرف ، والله تعالى أعلم[٣] .

ـ الركن الثاني ـ المودع ـ بكسر الدال ـ وما يشترط فيه :

يشترط في المودع ما يشترط في الموكل ، لأن الإيداع : استنابـة في الحفظ ، فمن صحت وكالته صح إيداعه ، فلا يصح الإيداع من صبي ولا سفيه ، لأن تصرفهما في المال غير صحيح .

فمن أخذ وديعة ممن لا يجوز تصرفه في المال كان ضامناً لها ، وكانت يده عليها كيد الغاصب ، سواء خشي على مال الصبي أو السفيه الضياع إن لم يأخذها منه أم لا ، وسواء كان مأذوناً له أم لا .

وهذا مذهب المالكية والشافعية[١] .

ويرى الحنفية والحنابلة : أن الإيداع من الصبي يصح إذا كان مأذوناً له لأن ذلك ما يحتاجه التاجر ، فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون له في التجارة .

وبناءً على ذلك فلا ضمان عليه إن تلفت الوديعة[٢] .

---

(١) انظر : نهاية المحتاج (٦/١١٢) ومغني المحتاج (٣/٨٠) .

(٢) وبينت المادة (٩١٠) من القانون المدني حقيقة الوديعـة شرعاً ، وأنـه لا يشترط في العقـد التلفظ فقالت : هي ترك المودع مالاً لدى غيره لمجرد حفظه بالتراضي وتكون إما مع تسليم المال للوديع التخلية بينه وبينه ، والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر .

(٣) انظر : مغني المحتاج (٣/٨٠) وتكملة المجموع (١٤/٨) وحاشية الدسوقي (٣/٤١٩) .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٨/٣٨٨٠) ومغني ابن قدامه (٦/٤٠١) .

وقال بعض الفقهاء : إنه إذا خشي على مال الصبي الضياع فأخذه ثم تلف فلا ضمان عليه ، لأن أخذه كان لضرورة اقتضاها وجوب حفظ المال وصيانته .

والظاهر : أنه يضمن ، لعدم توفر شروط الائتمان ، إلا إذا أذن له وليه في الإيداع نصاً ، فلا يكفي في ذلك الإذن المطلق بالتجارة . والله تعالى أعلم .

وهذا الخلاف : هو في المميز المأذون له ، أما إذا كان غير مميز ، أو مميزاً غير مأذون له فلا يصح إيداعه ، ولا خلاف أعلمه في ذلك[1] .

- الركن الثالث - المودع - بفتح الدال - وما يشترط فيه :

يشترط في المودع ما يشترط في الوكيل ، فمن صح توكيله صح دفع الوديعة إليه ، فلا يجوز الإيداع عند صبي أو سفيه محجور عليه ، أو مجنون أو معتوه ، لأن المقصود من الإيداع الحفظ ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ .

ومن أودع وديعة عند صبي فتلفت بدون تعد فلا ضمان عليه ، ولا أعلم خلافاً في ذلك .

واختلفوا فيما إذا تلفت بتعد من الصبي .

يرى بعض الفقهاء : أنه يضمن مطلقاً ، لأن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع ، كالبالغ وهذا هو الأظهر في مذهب الشافعية وهو قول للحنابلة[2] .

ويرى بعضهم : أنه إن قبلها بغير إذن وليه لا يضمن ، لأن ربما وضعها في يد من لا يحفظ الوديعة عادة ، ولا يلزمه الحفظ شرعاً ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن[3] .

---

(١) ونصت المادة (٩١١) من القانون : على أنه يشترط في المودع والوديع أن يكونا جائزي التصرف ، ويتضح من هذه المادة : أن القانون أخذ بمذهب المالكية والشافعية .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٣/ ٨٠) ومغني ابن قدامه (٦/ ٤٠١) .

(٣) انظر : المصادر السابقة وبدائع الصنائع (٨/ ٣٨٨٠) وهذا قول للحنابلة والقول الأول هو المعتمد في مذهبهم .

وأخذ القانون بقول أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، فقال في المادة (٩١٣) : أن الوديع إذا كان معدوم الأهلية فلا ضمان عليه في استهلاك الوديعة وكذا إذا كان صبياً مميزاً أو من في حكمه فلا يضمن إذا كان مأذوناً بالتجارة أو بقبض الوديعة فإنه يضمن .

والظاهر : أنه لا ضمان عليه مطلقاً لأن دفع المال إلى من ليس أهلاً للحفظ يعتبر تضييعاً له ، والله تعالى أعلم .

ـ الركن الرابع ـ الوديعة وما يشترط فيها :

ويشترط في الوديعة أن تكون مالاً محترماً منتفعاً به ، لأن ما لم يكن كذلك ليس له حرمة ولا يجب حفظه ولا ضمان على من أتلفه .

وذكر بعض الفقهاء : أنه لا يشترط أن تكون الوديعة معلومة[1] . والظاهر أنه ينبغي معرفتها ، ولا سيما إذا كانت في ظرف : لأجل أن يعد لها الوديع حرزاً مناسباً لها ، لأن كل عين من المال لها حرز يناسبها .

المطلب الثالث

في أحكام الوديعة وفيه أربع مسائل.

المسألة الأولى ـ حكم الوديعة :

الوديعة عقد جائز من الطرفين ، فمتى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها ، لقول الله عز وجل : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾[2] .

وإذا أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها ، لأن المستودع متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل ، إلا إذا كانت الوديعة مشاعة بين رجلين فطلبها أحدهما دون الآخر فلا يجب ردها حتى يحضر الغائب[3] .

المسألة الثانية ـ عقد الوديعة يتضمن وجوب حفظها :

يلزم المستودع أن يحفظ الوديعة فيما يحفظ به مال نفسه من داره أو حانوته أو صندوقه ، لأنه التزم بحفظها في حرز مثلها .

المسألة الثالثة ـ الوديعة أمانة فلا يضمنها الوديع إذا تلفت إلا بالتعدي :

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٣/ ٨٠) .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع (٨/ ٣٨٨٨) ومغني ابن قدامه (٦/ ٣٨٣) .

والمودَع أمين لا يضمن الوديعة إلا إذا تعدى حتى ولو ذهبت من بين ماله ، لأن الله سماها أمانة ، والضمان ينافي الأمانة .

ولحديث عمرو بن شعيب : أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : «ليس على المستودع غير المغل ضمان»[1] وهذا مذهب جمهور الفقهاء . وقال بعض الفقهاء : إن ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنها . ونقل ذلك عن الإمام أحمد وعمر بن الخطاب وأنس بن مالك . والظاهر : أنه لا ضمان عليه مطلقاً ، وما نقل عن بعض الصحابة فإنه يحمل على التفريط[2] .

وإذا اشترط مالك الوديعة على المستودع ضمانها فلا يضمن ، وتكون الوديعة صحيحة والشرط فاسداً ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء . لأنه اشترط ضمان ما لم يوجد . سبب ضمانه ، فيبطل الشرط .

وقال بعض الفقهاء : يضمن ، عملاً بالشرط - (٣) ويبدو لي : أنه لا يضمن مطلقاً ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد[4] .

المسألة الرابعة - في اختلاف المودع والمودع :

أ - فإذا أنكر المودع الوديعة ، فقال : إن هذه العين ليست وديعة وإنما هي عارية فالقول قول الوديع مع يمينه ، إلا إذا أقام المدعي - وهو مالك العين - بينة فيحكم بقوله . وهو قول الجمهور[5] .

---

(١) سيأتي الحديث في حكم ضمان العارية وهو بهذه الرواية ضعيف ، ويؤيده ما أخرجه ابن ماجه في رواية أخرى مرفوعاً (من أودع وديعة فلا ضمان عليه) قال الألباني : حسن انظر إرواء الغليل (٥/ ٣٨٥) .

(٢) انظر : مغني ابن قدامه (٦/ ٣٨٢) .

(٣) انظر : بداية المجتهد (٢/ ٣١١) ومغني ابن قدامه (٦/ ٣٨٣) .

(٤) وتفيد المادة (٩١٤) من القانون بأن الوديع لا يضمن مطلقاً ما لم يتعد ونصها : الوديعة أمانة في يد الوديع فلا يضمن تلفها ما لم يتعد على الوديعة أو يقصر في حفظها فإنه يضمن تلفها .

(٥) وقال بعض الفقهاء : إن دفعها إليه ببينة فلا يكون القول قوله في دعوى الرد ، لأنه إذا دفعها المودع إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها وهذا هو المشهور عن مالك وأصحابه انظر : بداية المجتهد (٢/ ٣١٠) ، قال ابن رشد : والقياس قول الجمهور ، لأنه لا فرق بين دعوى التلف ودعوى الرد .

ب ـ وإن ادعى الوديع أنه رد الوديعة فيقبل قوله مع يمينه ، لأنه أمين سواء دفعها إليه ببينة أم لا .

جـ ـ وإن ادعى الوديع أنها تلفت ، ينظر في ذلك ، فإن ادعى التلف بسبب ظاهر ، كالحرق أو الغرق ، فلا يقبل قوله إلا ببينة ، وإن كان بسبب خفي فيقبل قوله مع يمينه .

د ـ وإذا أنكر الوديع الإيداع أصلاً ، فلا يلزمه شيء ، لأن الأصل عدم الإيداع ، ويطلب منه اليمين لأنه منكر .

فإن ادعى بعد الإنكار أنه رد الوديعة لم يقبل منه حتى ولو أتى ببينة على ردها ، لأنه صار خائناً ومكذباً لنفسه وللبينة التي أتى بها[1] .

وسيأتي مزيد من التفصيل في هذه المسألة في المبحث الآتي في حكم ضمان الوديعة بعد الجحد[2] .

المطلب الرابع
في حالات ضمان الوديعة

أصل الوديعة: أمانة لا ضمان فيها، إلا في حالات استثناها الفقهاء وفي بعضها خلاف، وفيما يلي أهم هذه الحالات.

١ ـ خلط الوديعة بما لم تتميز منه ، من ماله أو مال غيره :

فإن خلطها بذلك ضمنها ، سواء خلطها بمثلها أو بما هو دونها أو أجود ، وسواء خلطها بما هو من جنسها أم من غير جنسها ، كما لو كانت الوديعة دراهم فخلطها بدراهم ، أو كانت دهناً فخلطها بدهن آخر ، أو قمحاً فخلطه بمثله أو بغير مثله مما يتعسر

---

(١) انظر : المهذب (١/٣٦٩) ونهاية المحتاج (٦/١٣٠) ومغني ابن قدامة (٦/٣٩٦) .

(٢) ونصت المادة من القانون المدني (٩٢٣) : على أنه إذا اختلف الطرفان فالقول للوديع في رد الوديعة وعينها وتلفها وإن كان التالف وديعة لا قرض، وإذا جحد الوديعة فأثبت المالك الوديعة فادعى الوديع الرد والتلف فالقول قول المالك في عدم الرد والتلف إذا أثبت الوديعة والقول للمالك في نفي الغلط والقدر والأذن بالنقل والاستعمال والتصرف .

تمييزه ، كما لو كانت الوديعة فولاً فخلطها بشعير فيجب عليه ضمانها ، لأنه فوت على نفسه إمكان ردها بسبب خلطه إياها بما يتعسر تمييزها منه .

أما إذا خلطها بما يتميز ، كما لو كانت الوديعة دراهم فخلطها بدنانير فليس عليه ضمانها .

ووجوب الضمان على الوديع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز إذا لم يكن بأمر من مالكها ، أما إذا أمره مالكها بخلطها فليس عليه ضمان مطلقاً ، وكذلك إذا اختلطت بدون فعل منه ولا تفريط فلا يضمنها إذا تلفت ، لأنه لم يتعد ولم يفرط فيها ، سواء قصد بالخلط الإحراز أم لم يقصد وهذا مذهب جمهور الفقهاء[١] .

ويرى المالكية : أنه إذا خلطها لقصد الإحراز فلا ضمان عليه ويكون الوديع وصاحب الوديعة كالشريكين ، ولكل واحد منهما مقدار حقه ، وإذا تلف بعضه فالباقي لكل واحد منهما قدر نصيبه[٢] .

٢ ـ الانتفاع بالوديعة بدون إذن من المودع .

فإن أودعه ثوباً فلبسه أو دابة فركبها أو دراهم فأنفقها فيضمنها إن هلكت ، لأنه يعتبر متعدياً وخائناً ، سواءً كان ذلك الانتفاع قليلاً أم كثيراً ، إلا المالكية فإنهم يستثنون القليل ، وهو ما لا يؤدي إلى هلاك في مثله ، هذا إذا كان الاعتداء من الوديع[٣] . أما إذا اعتدى على الوديعة أجنبي فأتلفها فلا ضمان على المودع لعدم انتفاعه بالوديعة ، ويتبع ربها من أتلفها[٤] .

---

(١) انظر : نهاية المحتاج (١٢٨/٦) ومغني ابن قدامه (٣٨٣/٦) ، وتكملة فتح القدير (٤٨٨/٨) .

(٢) انظر : حاشية الدسوقي (٤٢٠/٣) .

(٣) انظر : المصادر السابقة وبداية المجتهد (٣١١/٢) والتاج المذهب (٣٣٥/٣) .

(٤) ونصت المادة (٩١٥) من القانون : أن ما يعتبر تعدياً في العارية ويجب ضمانها : استعمال الوديعة ، أو إعارتها ، أو تأجيرها ، أو رهنها ، أو إيداعها عند الغير أو السفر بها بدون عذر ، أو نقلها ، أو جحدها لفظاً ولو هازلاً أو الامتناع عن تسليمها أو التخلية بينها وبين المودع بعد طلبها ، أو الجناية عليها عمداً ، ويعتبر تفريطاً : حفظ الوديعة بما لا يحفظ بمثلها أو وضعها عند من لا يحفظ مثلها أو عدم التحرز عليها ، أو نسيانها أو ضياعها ، أو الجناية عليها خطأً أو سهواً ، كأن يسقط عليها ، أو خلطها بماله أو بمال غيره خلطاً لا يتيسر معه تمييزها ، ولا يعتبر تعدياً أو تفريطاً كل ما وقع بإذن المودع أو برضاه .

٣ ـ وضع الوديعة في غير حرز مثلها من غير إذن مالكها :

فإذا عين صاحب الوديعة للوديع حرزاً يحفظ فيه الوديعة فعدل عن الحفظ المأمور به وتلفت بسبب العدول ، فيضمنها ، لأن التلف حصل من جهة المخالفة إلا إذا خاف عليها الهلاك فأخرجها من حرزها فلا ضمان عليه .

فإن تركها مع الخوف فتلفت بالأمر المخوف منه أو بغيره ضمنها ، لأن تركها يعتبر تضييعاً لها .

فإن نقلها من زاوية إلى أخرى في البيت لم يضمنها ، لأنه لم يخرجها من المكان الذي أمر أن يحرزها فيه .

وإن نقلها إلى بيت آخر في الدار ، فإن كان ذلك البيت أحرز من الأول فلا يضمن كذلك ، لأنه لا يعتبر مفرطاً فيها ، وإن لم يكن أحرز منه فيضمنها وهذا مذهب جمهور الفقهاء[1] .

ويرى الحنفية : أنه لا يضمن مطلقاً ، لأن البيتين لا يتفاوتان في الإحراز ما دام أنهما في دار واحدة ، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى أخرى في نفس البيت[2] ويبدو لي أن قول الجمهور أرجح ، فيضمن ، لأنه عدل عن الحرز المأمور به ، وإن بعض البيوت قد يكون أحرز من الآخر ، فيتفاوتان ، والله تعالى أعلم .

وإن أودعه ولم يعين له موضعاً للإحراز ، فعلى الوديع أن يحفظها في حرز مثلها ، فإن لم يحفظها في حرز مثلها فتلفت ضمنها ، لأنه قصر في حفظها[3] .

٤ ـ أن يودع غيره بلا إذن ولا عذر :

فإذا أودع الوديع غيره بلا إذن ولا عذر فتلفت الوديعة ضمنها ولا يرجع المالك على المودع الثاني ، وليس على الثاني ضمان ، لأنه أمين . وقال بعض الفقهـاء : إن للمالك

---

(١) انظر : نهاية المحتاج (٦/١١٩) ومغني ابن قدامه (٦/٣٨٨) .

(٢) انظر : تكملة فتح القدير (٨/٤٩٤) .

(٣) انظر : مغني ابن قدامه (٦/٣٨٨) والمهذب (١/٣٦٦) .

تضمين الثاني ، لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه[1] .

ويبدو لي : أن القول بالضمان على الأول هو الراجح ، لأنه تصرف ، في ملك غيره بدون إذن ولا عذر ، وهذا يعتبر تعدياً ، والله تعالى أعلم وإذا دفع العارية إلى من جرت العادة بحفظها له ، كزوجته ، أو ولده أو خادمه فتلفت فهل عليه ضمانها أم لا ؟ .

يرى بعض الفقهاء : أنه لا يضمن ، لأنه حفظها بما حفظ به ماله فأشبه ما لو حفظها لنفسه ، وهذا مذهب الحنابلة والحنفية[2] .

وليس عليه ضمان في مذهب الحنفية حتى لو شرط عليه أن لا يحفظها أحد من زوجاته وأولاده ونحوهم .

ويرى بعضهم : أنه يضمن مطلقاً ، لأن المالك لم يرض بأمانة غيره مطلقاً ، إلا أن يستعين استعانة بما تجري بها العادة .

وهذا مذهب الشافعية[3] .

والظاهر أن الخلاف في ذلك لفظي ، وهو أن المراد بالقول في جواز إيداع هؤلاء هو الاستعانة بهم في الحفظ بما تجري العادة ، فإذا كان استحفاظهم بهذا المعنى فلا ضمان في العارية إذا كانوا معروفين بالأمانة ، وإذا كانوا مستقلين ولم تجر العادة بالاستعانة بهم في الحفظ أو كانوا غير مؤتمنين ثم استودعهم الوديعة فعليه ضمانها إذا تلفت ، لأنه قصر فيها وأعارها غيره بدون إذن ولا عذر .

---

(١) انظر : المصادر السابقة وحاشية الدسوقي (٣/٤٢٣) ، ويعتبر تعدياً ، أيضاً في القانون ، كما تقدم ذلك في المادة (٩١٥) .

واختلف الفقهاء فيمن أودع مالاً فاتجر به فربح فيه هل ذلك الربح حلالٌ له أم لا ؟ .

قال بعض الفقهاء : إذا رد المال طاب له الربح ، ونقل عن مالك والليث وأبي يوسف وجماعة .

وقال بعضهم : يؤدي الأصل ويتصدق بالربح ونقل عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وزفر .

وقال بعضهم : لرب الوديعة الأصل والربح ، وهناك أقوال أخرى ذكرها ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٣٢) والأحوط من هذه الأقوال : إن لرب الوديعة الأصل والربح ، والله تعالى أعلم .

(٢) انظر : مغني ابن قدامة (٦/٣٨٤) وتكملة فتح القدير (٨/٤٩٤) .

(٣) انظر : نهاية المحتاج (٦/١١٥) .

٥ ـ السفر بالوديعة بدون إذن مالكها وبغير ضرورة :

فإذا أراد السفر وخاف على الوديعة وقدر أن يدفعها إلى مالكها أو لوليه لم يجز له أن يدفعها لغيره ، فإن فعل ضمنها ، لأنه يدفعها إلى غير مالكها بغير إذنه ، فإن لم يقدر أن يدفعها لصاحبها فليدفعها للقاضي إن كان عدلاً ، فإن فقده فليدفعها إلى أمين في البلد ، فإن لم يفعل ذلك وسافر بعد أن وضعها في حرز في بيته فتلفت ضمنها لأنه عرضها للضياع ، فإن قدر على دفعها إلى مالكها أو وكيله أو الحاكم أو أمين في البلد ثم سافر بها فتلفت فهل يضمنها أم لا ؟ .

فإن نهاه مالكها عن السفر بها أو لم ينهه ولكن كان الطريق أو البلد الذي يريد السفر إليه مخوفاً فعليه ضمانها ، ولا أعلم خلافاً للفقهاء في ذلك .

واختلفوا فيما إذا سافر بها بدون ضرورة ولم يكن الطريق أو البلد مخوفاً .

فيرى بعض الفقهاء : أنه لا ضمان عليه إذا تلفت ، لأنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها ، كما لو نقلها من مكان إلى مكان آخر في البلد ، وهذا مذهب الحنابلة ، ونقل ذلك عن الحنفية .

ويرى بعضهم : أنه يضمنها ، لأنه سافر بها من غير ضرورة ، لأن السفر بها تعريض بها إلى الخطر والضياع ، فهو كالمخوف .

وهذا مذهب الشافعية ، ونقل ذلك عن المالكية[1] .

والقول الأول أرجح فيما يبدو لي ، لعدم المانع من ذلك ، والله تعالى أعلم .

٦ ـ تأخير ردها بعد طلبها بلا عذر :

فمتى طلب الوديعة مالكها وأمكن للوديع ردها وقت طلبها لزمه ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾[2] .

---

(١) انظر : مصادر الفقهاء السابقة وبداية المجتهد (٣١١/٢) وإذا زال التعدي أو التفريط قبل التلف صارت الوديعة أمانة في يد الوديع ، هذا ما تتضمنه المادة (٩١٧) من القانون وانظر : أيضاً التاج المذهب (٣٣٨/٣) .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

ولحديث أبي هريرة ، أن النبي صلى اللّٰه عليه وآله وسلم قال : «اد الأمانة إلى من ائتمنك»[1] .

فإن امتنع من أدائها بلا عذر وتلفت ضمنها ، لأنه صار غاصباً لها لكونه أمسك مال غيره بدون إذنه .

أما إذا طلبها في وقت لا يمكنه دفعها إليه في الحال ، كبعدها منه أو لمخافة ، أو لعجزه عن حملها ونحو ذلك لم يضمنها ، لأنه ترك تسليمها لضرورة .

ـ ويمهل في تأخير تسليمها لقضاء صلاة يفوت وقتها ولضرورة أكل أو نوم ، ونحو ذلك .

ـ ومؤنة الرد على مالكها ، سواء قلت أم كثرت ، لأن قبضها لمنفعته وليس لمنفعة المستودع .

ـ وإذا مات الوديع وعنده وديعة ، فإن كانت متميزة وجب ردها بعينها فإن لم تتميز عن مال الوديع فهي دين عليه فتخرج من تركته ، فإن كان عليه دين فهي من جملة الديون فيقتسم أصحاب الدين التركة بالحصص وقال بعض الفقهاء : إن الوديعة تخرج قبل الدين ، لأنها أمانة[2] والظاهر : إن القول الأول أرجح ، لأنها لما كانت غير معلومة صارت في ذمته كالدين واللّٰه تعالى أعلم .

٧ ـ ادعاؤه تلف الوديعة بعد جحده إياها :

فإذا طلب المودع الوديعة فقال الوديع : ما أودعتني ، ثم قال بعد ذلك : هلكت ، لم يقبل قوله ، ويضمنها ، لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة .

بخلاف ما لو قال: لا وديعة لك عندي ، ثم قال : ضاعت من الحرز أو هلكت فيقبل قوله مع يمينه ، ولا ضمان عليه ، لعدم التناقض .

---

(١) تقدم تخريج الحديث والحكم عليه في بيان حكم قبول الوديعة .

(٢) انظر : مغني ابن قدامة (٣٩٢/٦) ونهاية المحتاج (١٣٠/٦) .

فإن أقام الوديع بينة على أنها تلفت بعد الجحد لم يسقط عنه الضمان . وكذلك فيما لو شهدت البينة على أن تلفها كان قبل الجحد ، لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع .

وقال بعض الفقهاء : إن الضمان لا يسقط عنه إذا شهدت البينة بأن التلف كان قبل الجحد ، لأن الهلاك قبل الجحود يؤدي إلى إنهاء العقد قبل الجحد ، هذا قول الحنفية[1] .

ويبدو لي : أن الضمان لا يسقط عنه مطلقاً ، لأن الأصل الضمان فلا يسقط بأمر متردد فيه ، والله تعالى أعلم[2] .

---

(١) انظر : مصادر الفقهاء السابقة وبدائع الصنائع (٣٨٩٣/٨) .

(٢) وتقدم نص القانون في هذه المسألة في حكم الانتفاع بالوديعة ، وإذا التبس على الوديع من هو صاحب الوديعة فتكون لمن جاء ببينة أنها له ، ولمن حلف ، فإن حلفا معاً أو نكلا معاً ، أو بينا معاً قسمت الوديعة عليهما ، ولا يمين لهما على الوديع ، هذا ما تضمنته المادة (٩٣١) من القانون .

المبحث الثالث عشر : في أحكام العارية
وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول
في تعريفها لغةً واصطلاحاً

١ ـ تعريفها لغةً :

قال الأزهري : العارية : نسبة إلى العارة ، وهي اسم من الإعـارة يقال أعـرته الشيء إعارة ، وعارة مثـل : أطعته إطـاعة وطـاعة وأجبتـه إجابـة وجابـة وقال بعض اللغويين : مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه ، لخروجها من يد صاحبها .

وقال بعضهم مأخوذة من العار ، لأنها عار على طالبها وقال بعضهم مأخوذة من العـوار بفتح العـين ، بمعنى التداول ، تعـاوروا الشيء واعتوروه ، تـداولـوه ، ومعنى التداول : إنها تذهب إلى يد المستعير ثم تعود إلى المعير .

قال الفيومي : الصحيح ما قاله الأزهري ، لأن العارية من الواو ، لأن ، العرب تقول هم يتعاورون ، العوارى ، وأما العار ، وعار الفرس فمن الياء[١] .

ب ـ تعريفها في اصطلاح الفقهاء :

اختلف الفقهاء في تعريفها بناءً على اختلافهم في الآثار المترتبة على العارية . قال بعضهم : إنها تمليك منفعة بغير عوض ، وعلى ذلك فيجوز للمستعير أن يعير العارية ، لأنه يملك منفعتها ، وهذا مذهب المالكية وقول في مذهب الحنفية ، وهو القول الصحيح في مذهبهم[٢] .

وقال بعضهم : إباحة منفعة بغير عوض ، وبناءً على ذلك ، فلا يجوز للمعير أن يعير العارية ، لأنه لا يملك منفعتها ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والهادوية وقول في مذهب

---

(١) انظر : المصباح المنير (٥٢٣) .

(٢) انظر : الاختيار (٣/٥٥) وحاشية الدسوقي (٣/٤٣٣) .

الحنفية ، وهو قول الكرخي من فقهائهم[1] والقول المختار من التعريف هو الأخير ، بناءً على ما اخترناه في حكم إعارة العارية من أنه لا يجوز إعارتها إلا بإذن المعير والله تعالى أعلم .

المطلب الثاني
في حكم العارية

١ ـ ورد في القرآن الكريم وعيد شديد لمن يمنعون الماعون ، وهو قوله تعالى : ﴿ **فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراؤن ويمنعون الماعون** ﴾[2] .

فقد روي عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما فسرا قوله تعالى : ﴿ **ويمنعون الماعون** ﴾ أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس فيما بينهم من الفأس ، والدلو ، والحبل ، والقدر ، وما أشبه ذلك .

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال : كنا نعد الماعون على عهد رسول الله ﷺ عارية الدلو والقدر[3] .

٢ ـ وجاء في السنة النبوية ما ينذر بوعيد شديد صراحة لمن يمنع العارية وهذا ما يدل عليه حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «ما من صاحب إبل ولا بقر ولا غنم لا يؤدي حقها إلا أقعد لها يوم القيامة بقاع قرقر ـ أرض مستوية ملساء ـ تطؤه ذات الظلف يظلفها وتنطحه ذات القرن ، ليس فيها يومئذٍ جماً ولا مكسورة قرن ، قلنا : يا رسول الله وما حقها قال إطراق فحلها ، وإعارة دلوها ، ومنحتها وحلبها على الماء ، وحمل عليها في سبيل الله[4] .

---

(١) انظر : مغني ابن قدامة (٥/ ٢٢٠) وتكملة المجموع (١٤/ ٣١) والتاج المذهب (٣/ ٢٥٣) . وأخذ القانون بمذهب الشافعية ومن معهم فقال في المادة (٩٢٧) : العارية هي إباحة المعير منفعة مملوكة له إلى مستعير لها بلا عوض مدة من الزمن أو لعمل معين ـ وهذا التعريف أشمل من التعريف الوارد عن الفقهاء .

(٢) سورة الماعون ، الآية : ٤ و ٥ و ٦ .

(٣) روى هذا الأثر أبو داود وسكت عنه وحسنه المنذري انظر : نيل الأوطار (٥/ ٣٣٧) .

(٤) رواه أحمد ومسلم انظر : المرجع السابق (٥/ ٣٣٩) .

ففي هذا الحديث : وعيد شديد لمن لا يؤدي حقها ، وقد فسر النبي صلى اللّه عليه وآله وسلم حقها بأنه أعارة فحلها لمن يستعيره وإعارة دلوها لمن يستعيره لسقيها ونحو ذلك .

٣ ـ والعارية تعد من فعل الخير والمعروف الذي أمر اللّه به ، كما يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وافعلوا الخير لعلكم تفلحون ﴾[١] .

٤ ـ وقد استعار النبي ﷺ من صفوان بن أمية يوم حنين درعاً[٢] .

وعن أنس بن مالك رضي اللّه عنه أن النبي صلى اللّه عليه وآله وسلم استعار فرساً من أبي طلحة يقال له: المندوب، فركبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحرا[٣] .

٥ ـ وفي بذل العارية إحسان يوجب المحبة والصفاء بين الأقارب والجيران وفي منعها شح وقطيعة قد ينتج منها بغض وحقد، وهذا فساد ينبغي درؤه ببذل العارية والمعروف والتعاون بين الناس على أمور الحياة.

وقد اختلف الفقهاء في حكمها من حيث الوجوب أما من حيث الندب فلا خلاف فيه .

فيرى بعضهم: أن العارية واجبة لمن سألها محتاجاً إليها وهذا مذهب الظاهرية، ونقل ذلك عن غيرهم أيضاً[٤] .

واستدلوا على وجوبها بالآية السابقة، ونقلوا عن جماعة كثيرة من الصحابة والتابعين أنهم فسروا الماعون بالعارية وقالوا إنها صريحة في الدلالة، وحديث جابر أيضاً يدل على ذلك ويرى جمهور الفقهاء أنها مستحبة[٥] .

---

(١) سورة الحج ، الآية : ٧٧ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم وغيرهم وهو صحيح انظر : إرواء الغليل (٥/٣٤٤) .

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما انظر : نيل الأوطار (٥/٣٣٧) وإرواء الغليل (٥/٣٤٣) .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم الظاهري (١٠/١٦٠) ومغني ابن قدامة (٥/٢٢٠) . وقال ابن حزم : أن العارية لا تجوز إلى أجل مسمى ، فقال لا يحل شيء من ذلك إلى أجل مسمى ، لكن يأخذ ما عاره متى شاء ، ومن سألها إياه ، محتاجاً إليها ففرض عليه إعارته إياه إذا وثق بوفائه .

(٥) انظر : مغني ابن قدامة (٥/٢٢٠) وبداية المجتهد (٢/٣١٣) والإفصاح (٢/٢١) .

ودليل الاستحباب هي الأدلة السابقة التي استدل بها من قال بـوجوبهـا، إلا أن الجمهور حملها على الندب، ومما يصرفها عن الوجوب، حديث فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة»[1].

ومما يصرفها عن الوجوب أيضاً ما جاء في حديث طلحة بن عبيدالله أن أعرابياً سأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الإسلام، وفيه وذكر له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أفلح إن صدق»[2].

فهذا دليل يدل على أن العارية مستحبة وليست بواجبة وهو الظاهر والله أعلم.

ويمكن أن تحمل الأدلة الدالة على الوجوب على حالة الضرورة، وقد قال العلامة: الشيخ مرعي بن يوسف أحد فقهاء الحنابلة في كتابه غاية المنتهى ج ٢ ص ٢٢٣، تجب إعارة كل مضطر إليه مع بقاء عينه، ونقل ذلك أيضاً عن بعض الفقهاء[3].

المطلب الثالث
في أركان العارية

وهي بالإجمال ثلاثة، الصيغة، والمعير والمستعير، والمعار.

الركن الأول ـ الصيغة وما يشترط فيها:

فالصيغة، هي الإيجاب والقبول، وتنعقد بالقـول، مثل أعـرتك هـذا الشيء

---

(١) رواه ابن ماجه، ونقل المناوي عن النووي بأنه ضعيف جداً، وقال ابن القطان: فيه أبو حمزة ميمون الأعور، انظر: فيض القدير (٥/٣٧٥).

(٢) رواه البخـاري ومسلم وغيرهمـا انظر: فتـح الباري (١٠٦/١) وشرح النـووي لصحيـح مسلم (١٤١/١).

(٣) ذكر ذلك القاضي أحمد العنسي، ويظهر من ذلك أنه مـذهب الهادويـة، انظر: التـاج المذهب (٢٥٢/٣) وقد قال بعض الفقهاء في حديث فاطمة: (ليس في المال حق سوى الزكاة) بأن المراد به في غير الضرورة.

وأبحت لك الانتفاع به ، فيقول المستعير : قبلت ، أو يقول المستعير : أعرني ، أو أعطني ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على الإعارة .

ولا يشترط فيها التلفظ في مذهب جمهور الفقهاء فتنعقد عندهم بكل فعل أو قول يدل على الرضا ، فلو سمع رجل رفيقه أو جاره يقول : من يعيرني دابة أو سيارة فدفعها إليه بدون تلفظ من الجانبين انعقدت العارية ، لأنها إباحة وليست بتمليك[1] .

والأصح في مذهب الشافعية : اشتراط اللفظ في صيغة عقد العارية ويكتفي باللفظ من المستعير وفعل الآخر ، وهو المعير ، ولا يكفي الفعل من الطرفين ، لأن ، الانتفاع بمال الغير يعتمد بإذنه ، كالبيع والإجارة[2] والظاهر : أنه يكفي في العارية الفعل من الجانبين ، لأنها إباحة ، بخلاف البيع والإجارة فإنها تمليك.

الركن الثاني ـ المعير والمستعير ، وما يشترط فيهما :

ويشترط فيهما أن يكون كل منهما أهلاً للتبرع شرعاً، لأن الإعارة نوع من التبرع، لأنها إباحة منفعة، فلا تصح من صبي ولا سفيه، لأنهما لا يملكان التصرف في المال.

الركن الثالث ـ المعار ، وما يشترط فيه :

يشترط في الشيء المعار : أن يكون مما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه كالدور . والعقار والثياب والحلي والسيارات ، ونحو ذلك مما يصح بيعه وإجارته من كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها .

وما فيه خلاف عند الفقهاء في جواز بيعه وإجارته كبيع كلاب الصيد واستئجار الفحل للضراب ففيه خلاف في جواز إعارته عندهم .

وذكر الفقهاء : أنه لا يجوز إعارة جارية ذات جمال لغير ذات رحم محرم ، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم لأنه يؤمن عليها من الفساد ولا يجوز إعارة الصيد للمحرم ، لأنه لا يجوز له إمساكه ولا التصرف فيه[3] .

---

(١) انظر : كشاف القناع (٤/ ٦٧) وغاية المنتهى (٢/ ٢٢٣) .

(٢) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٢٦٦) .

(٣) انظر : المصادر السابقة وتكملة المجموع (١٤/ ٣٤) ومغني ابن قدامة (٥/ ١٢٥) وحاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٤) .

=

المطلب الرابع
في أحكام العارية

ويتضمن هذا المبحث أربع مسائل :

المسألة الأولى - في حكم ضمان العارية :

اتفق الفقهاء على أن المستعير يضمن الشيء المعار إذا هلك بتعد منه ، واختلفوا في حكم ضمانه إذا لم يتعد على أربعة أقوال :

أحدها : أنه يضمن ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة ونقل ذلك عن بعض الصحابة والتابعين(١) .

واستدلوا بحديث صفوان بن أمية : أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم استعار منه يوم حنين درعاً فقال صفوان اغصبا يا محمد ؟ قال بل عارية مضمونة(٢) .

واستدلوا أيضاً بحديث الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٣) ولأنه أخذ مال غيره لمنفعة نفسه لا على وجه الوثيقة فيضمنه كالمغصوب .

ثانيها : أنه لا يضمن ، وهذا مذهب الحنفية والهادوية والظاهرية(٤) .

واستدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه آله

= وبنحو الشروط التي ذكرت في أركان العارية نص عليها القانون المدني فقال في المادة (٩٣٨) : يشترط في المعير أن يكون مالكاً لمنفعة الشيء الذي يعيره وأن يكون جائز التصرف ، وقال في المادة (٩٣٩) يشترط في المستعير أن يكون أهلاً للانتفاع بالشيء المعار وحفظه ورده ، وقال في المادة (٩٤٠) : يشترط في الشيء المعار أن يكون مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه .

(١) انظر : المهذب (١/ ٣٧٠) ومغني ابن قدامة (٥/ ٢٢١) .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وغيرهم وهو صحيح انظر : نيل الأوطار (٥/ ٣٣٧) وإرواء الغليل (٥/ ٣٤٤) .

(٣) رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الحاكم قال الشوكاني : سماع الحسن عن سمرة فيه خلاف انظر : نيل الأوطار (٥/ ٣٣٥) .

(٤) انظر : الاختيار (٣/ ٥٦) وتكملة فتح القدير (٩/ ٧) .

وسلم قال : «ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»[1] .

واستدلوا أيضاً بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه سمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حجة الوداع يقول : «العارية مؤداة والزعيم غارم»[2] .

ولأن المستعير أمين وقد قبض المعار من يد المالك لا على وجه الضمان ، وأولوا حديث صفوان : بأن معنى (بل مضمونة) أي واجبة الرد ، ومضمونة بمؤنة الرد ، وقالوا هذا التأويل يعتبر جمعاً بين الدليلين بالقدر الممكن .

ثالثها : أنه يضمن المغيب عليه ، كالحلي والثياب ونحو ذلك مما يخفى عليه ، ولا يضمن ما هو ظاهر ، كالحيوان والعقار ، وهذا مذهب المالكية[3] .

واستدلوا بحديث صفوان السابق ، فيضمن ما كان كالدرع وما شابه ذلك مما يخفى ، ولا يضمن ما هو ظاهر لأنه ليس بمتهم فيه .

رابعها : أن المستعير يضمن إذا اشترط عليه المعير الضمان ، وإلا فلا يضمن ، وهذا مذهب الهادوية ونقل عن بعض فقهاء التابعين[4] لحديث صفوان لأنه قد ثبتت صحته عند العلماء ، وأما أدلة الآخرين فلم تصح ، حتى لو كانت صحيحة فليست صريحة في عدم الضمان مطلقاً والله تعالى أعلم . والظاهر أن السبب في عدم تضمين المالكية ما كان كالعقار والدواب هو أن هلاك ، هذه الأمور تكون بتقدير الله ، وليس بسبب استعمال قام به المستعير .

---

(١) قال الدراقطني : ليس بمرفوع ، وقال ابن حجر في إسناده ضعيفان انظر : نيل الأوطار (٥/٣٣٣) .

(٢) رواه أبو داود وحسنه الترمذي وصححه ابن حبان انظر : المرجع السابق .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي (٣/٤٣٦) .

(٤) انظر : التاج المذهب (٣/٢٥٥ و ٢٥٦) ونيل الأوطار (٥/٣٣٤) وأخذ القانون المدني بمذهب الهادوية ومن معهم فقال في المادة (٩٤٥) : العين المعارة أمانة في يد المستعير . فيلزمه المحافظة عليها بما يحافظ به على مال نفسه ولا يضمن تلفها إلا إذا حصل بتعد أو تفريط منه أو كان قد ضمنها أو ضمن شيئاً منها فإنه يضمن ما تلف .

المسألة الثانية

في حكم لزوم العارية

فلا خلاف عند الفقهاء في أن العارية بالنسبة للمستعير ليست بلازمة فله أن يرجع متى شاء سواء كانت مطلقة أم مؤقتة ، وسواء ، انتفع بها أم لم ينتفع بها . واختلفوا في لزومها بالنسبة للمعير فيرى جمهور الفقهاء : أن للمـعير الرجوع في العارية متى شاء حتى ولو كانت مؤقتة ، فله أن يرجع بعد قبضها وقبل انتهاء وقتها ، ولو لم ينتفع بها المستعير ، لأنها ليست من العقود اللازمة .

لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يد المستعير فلم يملكها بالإعارة ، كما لو لم تحصل العين الموهوبة في يده ، لأن المنافع إنما تستـوفى شيئاً فشيئـاً ، فكلما استوفى منفعـة فقد قبضها ، والذي لم يستوفه لم يقبضه ، فجاز الرجوع فيها ، كالهبة قبل القبض[1] .

ويرى المالكية : أنه لا يجوز الرجوع في العارية المؤقتة قبل انتهاء الوقت لأن المعير قد ملك المستعير المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح ، وكذلك العارية المقدرة بقدر معلوم ، كإعارة الدابة إلى موضع معلوم ، فتعتبر لازمة فلم يجز لربها أن يأخذها قبل ذلك وكذلك في العارية المطلقة فإذا طلبها ربها فلا يلزم ردها إليه حتى ينتفع بها المستعير الانتفاع المعتاد أو تمضي مدة قدر ما ينتفع بها الانتفاع المعتاد لأنه ملك منفعتها بعقد فيجب الوفاء به ، لقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[2] .

وجواز الرجوع في العارية في مذهب جمهور الفقهاء ما لم يترتب على المستعير ضرر فإن ترتب ضرر فليس له أن يرجع حتى يزول الضرر ، ومن أمثلة ذلك ما يأتي :

١ ـ مثل : أن يعيره سفينة لحمل متاعه ، أو لوحاً ليرقع سفينته فرقعها وولج بها البحر ، فليس للمعير الرجوع في العارية والمطالبة بالسفينة أو اللوح ما دامت السفينة في البحر حتى ترسي ، لما في ذلك من الضرر ، وله الرجوع قبل دخولها في البحر .

٢ ـ ومثل : أن يعيره أرضاً ليدفن ميتاً ، فليس له الرجوع حتى يبلى الميت ويصير

---

(١) انظر : كشاف القناع (٥/ ٧٠) والمهذب (١/ ٣٧٠) وتكملة فتح القدير (٩/ ١٤) .

(٢) انظر : قوانين الأحكام الشرعية ص (٤٠٤) . وحاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٦) .

رمياً ، محافظة على حق الميت ، ولا يستحق المعير أجرة ، لأن العرف غير قاض به ، ولأن العارية يراد بها التأبيد وله الرجوع قبل الدفن .

٣ ـ ومثل : لو نذر أن لا يرجع إلا بعد سنة أو نـذر أن يعير سنة فليس له الرجوع قبل انتهاء السنة ، لأن النذر يجب الوفاء به كما لو نذر أن يتصدق .

٤ ـ ومثل : لو أعاره حائطاً ليضع عليه خشبْه أو لتعلية سترة عليه فليس للمعير الرجوع بعد الوضع ، لما في ذلك من الضرر ، ولأن عارية ذلك تراد للبقاء .

وله الرجوع قبل الوضع لعدم وجود ضرر ، فإن تلف الخشب عن الحائط أو انهدم الحائط فليس له أن يضع بعد ذلك إلا بإذن جديد لأن العارية ليست بلازمة ، ولأن الإذن يتناول الأول دون غيره .

٥ ـ ومثل : ولو أعاره دابة أو سلاحاً للغزو فليس له الرجوع إذا التقى الصفان حتى ينتهي القتال ، لأن الرجوع عند ذلك يؤدي إلى ضرر[1] .

٦ ـ ومثل : إعارة الأرض للغرس والبناء .

فإن أعاره أرضاً ليغرس فيها ، أو ليبني عليها فللمعير الرجوع ما لم يغرس أو يبن ، وكذلك له الرجوع بعد الغرس والبناء ، سواء كانت العارية مطلقة أم مؤقتة ، فإن بنى أو غرس بعد انتهاء وقت العارية أو بعد الرجوع فيها فيعتبر كالغاصب .

فإن شرط المعير على المستعير القلع عند انتهاء الوقت أو بعد الرجوع لزمه القلع وتسوية الأرض لأن المسلمين على شروطهم[2] فإن لم يشترط المعير على المستعير القلع بل أعاره مطلقاً فهل يلزمه القلع بدون ضمان من المعير أو أنه لا يلزمه إلا إذا ضمن المعير ؟ .

يرى الحنفية والمالكية : أن للمعير أن يرجع في عاريتـه ويكلف المستعير القلع ، وليس على المعير ضمان ما نقص من القيمة لأن ما أصاب المستعير أصابه من فعل نفسه ، لأن المعير لم يغره إذا أعاره مدة ورجع بعد انتهائها ، فإن رجع قبل انتهاء المدة ضمن ، لأنه غره[3] .

---

(١) انظر : مغني المحتاج (٢/ ٢٧٠) وكشاف القناع (٥/ ٧٠ و ٧١) والتاج المذهب (٣/ ٢٥٨) .

(٢) رواه أبو داود عن أبي هريرة مرفوعاً ، وقال النووي : إسناده صحيح انظر : سنن أبي داود مع عون المعبود (٩/ ٥١٦) والمجموع (٩/ ٤٢٠) .

(٣) ونقل عن زفر : لا يضمن مطلقاً انظر الاختيار (٣/ ٥٧) . وحاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٩) .

ويرى الشافعية والحنابلة : أنه يضمن مطلقاً ، لأن المستعير بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزم المستعير القلع بدون ضمان النقص ، لأن العارية عقد إرفاق ومعونة ، وإلزامه بالقلع مجاناً يخرجه إلى حكم العدوان والضرر .

هذا إذا نقص الغرس أو البناء بسبب القلع ، أما إذا لم ينقص فيلزمه القلع بدون ضمان على المعير .

ويلزم المستعير تسوية الأرض ، لأن ما أصابها من الحفر بسبب فعله لتخليص ما له منها ، وفي قول في مذهب الشافعية ، إن التسوية لا تلزمه ، لأن القلع كان باختياره ، لأنه لو امتنع منه لم يجبر عليه .

فإن أبى المستعير أن يقلع فللمعير أخذه بقيمته ، فإن دفع المستعير قيمة الأرض ليتملكها ليس له ذلك ، لأنها أصل والغرس والبناء فرع تابع لها .

فإن أبى المعير الأخذ بالقيمة أو ضمان النقص بسبب القلع لم يجبر عليه .

فإن طلب أحدهما البيع وامتنع الآخر أجبر على الموافقة وتباع الأرض ويدفع لرب الأرض قيمتها فارغة وما زاد فلصاحب الغرس .

فإن أبيا البيع ترك الغرس والبناء حتى يتفقا ، وهل يلزم المستعير أجرة أم لا ، هناك قولان للفقهاء .

أحدهما : أنه لا أجرة عليه ، لأن بقاء الغرس والبناء بحكم العارية ، فلا تجب الأجرة ، كإعارة الحائط لوضع الخشب عليه وهذا قول الحنابلة .

ثانيها : إنه تلزم المستعير الأجرة ، وإلا يجبر على القلع ،لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بمال الغير من غير أجرة ، وهذا قول في مذهب الشافعية[1] .

ويبدو أن هذا هو الصواب ، وهو أن الخيار للمستعير بين القلع وأخذ أرش النقص ، وبين الإبقاء وأخذه القيمة أو دفع الأجرة للمعير وإلا يجبر على القلع[2] .

---

(١) انظر : كشاف القناع (٧٢/٥ و ٧٣) والمهذب (٣٧١/١ و ٣٧٢) . والتاج المذهب (٢٥٨/٣) .

(٢) ونصت المادة (٩٤٤) من القانون على أن للمعير أن يرجع في العارية متى شاء ولو كانت مؤقتة ولو كان في الرجوع ضرر على المستعير فتنتهي العارية .

٧ ـ ومثل ـ إعارة الأرض للزراعة :

فيرى بعض الفقهاء : أنه ليس للمعير أن يرجع في العارية إذا كان المستعير قد زرع فيها حتى يحصد ، لما في ذلك من الضرر ، ولأن الزرع له وقت ينتهي إليه ليس كالبناء والغرس ولا أجرة على المستعير من حين رجوعه في العارية كما تقدم ذلك في الغرس وهو قول الحنابلة .

وقال بعض الفقهاء : إن حكم ذلك كالغرس ، وهو التبقية مع دفع القيمة للمستعير أو القلع مع ضمان الأرش للمستعير ، وهذا قول في مذهب الشافعية وقال بعض الفقهاء : يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد وعلى المستعير أجرة المثل ، وهذا قول أكثر الفقهاء ، وهو قول في مذهب الشافعية[1] وعللوا لذلك : بأن فيه مراعاة للجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حق المعير ، لأن للزرع مدة ينتهي إليها بخلاف الغرس والبناء لأنه لا نهاية لهما[2] .

المسألة الثالثة

حكم العارية من حيث الانتفاع

أ ـ فمن استعار شيئاً مطلقاً ، فلم يبين صفة الانتفاع بالمعار ملك الانتفاع بالمعروف ، وهو أن ينتفع به فيما أعد له ، كالأرض مثلاً ، فإنها تصلح للغرس والبناء والزراعة ، فيفعل فيها ما تصلح له ، لأن العارية كانت مطلقة .

وما كان يصلح لشيء واحد ، فالإطلاق فيها كالتقييد كالبساط فإنه لا يصلح إلا للفرش ، وكالكتاب ، فإنه يعار للقراءة ، وله أن ، يستنسخ منه لأنه ينتفع به بهذه المنفعة بدون إضرار به .

ب ـ وإن أعاره أرضاً ليزرع فيها لم يكن له أن يزرع إلا مرة واحدة لأن الإذن لم يتناول إلا مرة واحدة .

---

(١) انظر : كشاف القناع (٥/٧١) والمهذب (١/٣٧٢) والاختيار (٣/٥٧) .

(٢) ونصت المادة (٩٤٩) من القانون : أن المستعير مخير بين قلع الزرع والثمر وأخذ قيمته من المعير قائماً ، وبين إبقائه لحين النضج بأجرة المثل وهذا هو الصواب والله تعالى أعلم .

جـ ـ ومن استعار عينا جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لأن الوكيل نائب عنه .

د ـ وإذا كانت العارية مقيدة فلا يجوز للمستعير أن ينتفع إلا ، بما أذن به المعير ، فلو أعاره دابة أو سيارة إلى مكان معين فليس له أن يتجاوزه ، فإن زاد عليه فعليه أجرة الزيادة ويعتبر ذلك تعدياً منه .

هـ ـ ولا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة لأن المنفعة ليست ملكاً له فلا يصح أن يملكها غيره ، ونقل الاتفاق على ذلك ، إلا إذا أذن المعير بذلك .

و ـ وقد اختلف الفقهاء في جواز إعارة العارية على قولين :

أحدهما : أنه لا يجوز ،لأن العارية إباحة المنافع فلم يجز أن يبيحها لغيره ، كإباحة الطعام ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والهادوية .

ثانيهما : يجوز له ذلك ، لأن المستعير ملك المنفعة فله أن يملكها غيره بالصفة التي ملكها ، فلا يجوز له أن يؤجرها ، وهذا مذهب الحنفية والمالكية(١) .

والظاهر : أن القول الأول هو الراجح ، لأن المستعير لم يملك المنفعة .

والخلاف فيما أعارها بدون إذن من المعير ، فإذا أعارها بدون إذن فللمعير الرجوع بأجرة بالمثل ، والله تعالى أعلم(٢) .

المسألة الرابعة

في اختلاف المعير والمستعير ، وفيما يبطل العارية .

١ ـ فإن اختلفا في العقد . كما لو ركب رجل دابة أو سيارة لغيره فقال المالك : أكريتك إياها فعليك الأجرة ، فقال الراكب : بل أعرتنيها فلا أجرة لك ، فالقول قول الراكب مع يمينه ، وهذا مذهب ، الحنابلة والمالكية .

---

(١) انظر : المصادر السابقة ومغني ابن قدامة (٥/٢٢٦) وحاشية الدسوقي (٣/٤٣٣) والإفصاح (٢/١٢) .

(٢) ونصت المادة (٤٩٧) من القانون على أنه ليس للمستعير أن يؤجر الشيء المعار ولا أن يعيره أو يرهنه فإن فعل كان متعدياً .

وعللوا لذلك : بأن الأصل عدم عقد الإجارة .

هذا إذا كان الخلاف وقع بعد العقد وقبل مضي مدة لمثلها أجرة ، سواء انتفع بها المستعير في هذه المدة أم لم ينتفع . أما لو تنازعا بعد الانتفاع أو بعد مضي مدة لمثلها أجرة فالقول قول المالك ، لأنهما اختلفا في كيفية المنفعة والمنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها .

وهذا الحكم فيما لو ادعى المالك أنها عارية ، فقال الراكب : بل اكنزيتها[١] .

وفي مذهب الشافعية : القول قول الراكب مطلقاً ، ولم يفصلوا في الخلاف في كونه قبل الانتفاع أو بعده ، هذا إذا كان الخلاف في منفعة الدابة ونحوها .

لأن العادة في الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب .

وأما في الأرض فالقول فيها قول المالك في دعواه بأنها إجارة ، لأن العادة في الأرض تكرى ولا تعار ، فالظاهر فيها مع المالك .

وأما إذا قال المالك : أعرتك فقال الراكب : أجرتنيها فالقول قول المالك مع يمينه في مذهب الشافعية مطلقاً ، لأنهما اتفقا على أن الملك له واختلفا في صفة انتقال اليد فكان القول قوله[٢] .

هذا ما يتعلق بالعقد من الخلاف[٣] :

ب ـ وإن اختلف المعير والمستعير في التعدي ، كما لو قال المستعير ذهبت في

---

(١) انظر : مغني ابن قدامة (٥/٢٣٤ و ٢٣٥) وحاشية الدسوقي (٣/٤٤٠) وقوانين الأحكام الشرعية ص (٤٠٤) .

(٢) انظر : المهذب (١/٣٧١ و ٣٧٢) ومغني المحتاج (٢/٢٧٤) .

(٣) ومن الاختلاف في العقد أيضاً : ما لو ادعى ذلك أنه إعارة فقال القابض : بل أودعتني فقول المالك مع يمينه ، ويستحق قيمة العين إن كانت تالفة .

ومن ذلك أيضاً ما لو ادعى المالك : أنه اغتصبها فعليه الأجرة فقال المتصرف في العين : بل أعرتنيها فلا أجرة لك فللفقهاء في ذلك رأيان أحدهما : أن القول قول المتصرف ، والثاني : أن القول قول المالك وهو الظاهر والله تعالى أعلم انظر : كشاف القناع (٥/٨٢) والمهذب (١/٣٧٣) .

الاستعمال المعتاد ، وقال المعير : ذهبت بتعد وليس له بينة فالقول قول المستعير مع يمينه ، ويبرأ من ضمانها ، لأنه منكر بناء على القول بعدم الضمان إلا في التعدي .

جـ ـ وإن اختلفا في الرد ، كما لو قال المستعير : رددتها وأنكره المالك فالقول قول المالك مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرد كالمدين إذا ادعى الأداء[1] .

د ـ وتبطل العارية : بانتهاء الوقت ، أو بانتهاء العمل المتفق عليه أو بـالرجـوع عنها ، أو بموت المعير أو المستعير[2] .

وهذا آخر ما جمعته في هذه البحوث وأرجو من الله أن أكون قد سددت أو قاربت الصواب فيما كتبت فيها من موضوعات. وأن يستفيد منها طلبة العلم. بحول الله تعالى وقوته وأن يثيبني على ذلك بمنه وكرمه وصلى اللّه وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

(١) ونصت المادة في القانون (٩٥٤) : على أنه إذا اختلف المعير والمستعير فالقول للمستعير في قيمة العارية المضمونة بعد تلفها وفي قدر المدة المضمونة للعارية ، وفي قدر المسافة بعد مضيها وفي رد غير المضمونة بالتضمين ، وفي عينها ، وفي تلفها ، إلا المضمونة بالتعدي فالقول للمعير : في قيمتها ، وفي عينها ، وكذلك القول للمستعير في كون العين عارية وليست إجارة إذا لم يكن عادة المالك تأجيرها .

(٢) وقد نص القانون المدني في المادة (٩٥٢) على أن العارية تبطل بهذه الأمور .

هذه هي أهم المسائل في مبحث العارية التي حاولت إيضاحها بقدر الإمكان ، وصلى اللّه على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

اهم المصادر والمراجع

١ - القرآن الكريم.

٢ - الجامع لأحكام القرآن، تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١ هـ. طبعة: دار الكتب العربية للطباعة والنشر - الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م.

٣ - تفسير القرآن الكريم، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ. طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي.

٤ - الجامع الصحيح، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ. ترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، مطبوع مع فتح الباري. المطبعة السلفية ومكتبتها.

٥ - صحيح مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١ هـ، تحقيق عبد الله أحمد أبو زينة. مطبعة دار الشعب، مطبوع مع شرح النووي.

٦ - سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ هـ. الناشر محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، مطبوع مع عون المعبود - الطبعة الثانية ١٣٨٨ - ١٩٦٩ م، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان.

٧ - سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى ٢٧٩ هـ،

مطبعة دار الاتحاد العربي، الثانية ١٣٨٥، مطبوع مع تحفة الأحوذي، الناشر: محمد عبد المحسن الكتبي صاحب المكتبة السلفية بالمدينة، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان.

٨ ـ سنن النسائي، الحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣ ـ مطبوع مع شرح السيوطي وحاشية السندي، طبعة: دار إحياء التراث العربي لبنان.

٩ ـ سنن ابن ماجة، الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة ٢٧٥، طبعة: دار إحياء التراث العربي ١٣٩٥ هـ، تحقيق وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي.

١٠ ـ مسند الإمام عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل المتوفى ٢٤١ هـ. طبعة: المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بيروت لبنان الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨ هـ.

١١ ـ موطأ الإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي المتوفى ١٧٩ هـ. مطبوع مع شرح الزرقاني. مطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٨١ هـ الطبعة الأولى.

١٢ ـ سنن الدارقطني، الحافظ الكبير علي بن الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥ هـ، طبعة: دار المحاسن للطباعة سنة ١٣٨٦ هـ. تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني.

١٣ ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧. الناشر دار الفكر للطباعة والنشر ـ بيروت ـ لبنان، الطبعة الثانية ١٩٦٧ م.

١٤ ـ الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، للحافظ جلال الدين عبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ. مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية بمصر. مطبوع مع شرح فيض القدير للمناوي، الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ. ١٩٣٨ م.

١٥ ـ بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ. طبعة: المكتبة التجارية الكبرى، تحقيق محمد حامد الفقي.

١٦ ـ كشف الخفاء ومزيل الألباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، للمحدث إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي المتوفى سنة ١١٦٢ هـ، طبعة: دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة ١٣٥١ هـ.

١٧ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية، للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى ٧٦٢ هـ. مطبوعات المجلس العلمي، الطبعة الثانية.

١٨ ـ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليمني، شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٨٤ هـ.

١٩ ـ الدراية في تخريج أحاديث الهداية، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٨٤ هـ.

٢٠ ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ ابن حجر العسقلاني، تحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز، المطبعة السلفية ومكتبتها.

٢١ ـ شرح صحيح مسلم لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ تحقيق عبد الله أبو زينة، مطبعة دار الشعب.

٢٢ ـ عون المعبود شرح سنن أبي داود لأبي الطيب محمد أبادي المولود سنة ١٢٧٣ هـ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان. الناشر: محمد عبد المحسن الكتبي صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

٢٣ ـ شرح سنن أبي داود، للعلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الدمشقي ابن القيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ مطبوع مع عون المعبود.

٢٤ - تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي، لأبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري المتوفى سنة ١٣٥٣ هـ. تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان. طبعة: دار الاتحاد العربي، الطبعة الثانية ١٣٨٥ هـ.

٢٥ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للعلامة محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ، طبعة: مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأخيرة.

٢٦ - شرح موطأ مالك: لأبي عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني المتوفى سنة ١١٢٢ هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الأولى ١٤٨١ هـ.

٢٧ - سبل السلام شرح بلوغ المرام: للعلامة محمد بن إسماعيل الصنعاني المتوفى ١١٨٢ هـ، تحقيق محمد خليل هراس. طبعة: محمد عاطف وسيد طه وشركاهما.

٢٨ - فيض القدير شرح الجامع الصغير، للعلامة محمد المدعو عبد الرؤوف المناوي. مطبعة مصطفى محمد المكتبة التجارية الكبرى، الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ ١٩٤٨ م.

٢٩ - إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، تأليف محمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي الطبعة الأولى ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م.

٣٠ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف العلامة الفقيه أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى ٥٨٧ هـ، الناشر: علي يوسف.

٣١ - شرح فتح القدير على الهداية، تأليف الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الأولى ١٣٨٩ هـ.

٣٢ - الهداية شرح بداية المبتدي: تأليف شيخ الإسلام برهان الدين علي بن بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ. مطبوع مع شرح فتح القدير.

٣٣ ـ شرح العناية على الهداية: تأليف العلامة الفقيه أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ، مطبوع مع شرح فتح القدير.

٣٤ ـ حاشية ابن عابدين المسماة برد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، تأليف العلامة الفقيه محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين المتوفى ١٢٥٢ هـ. مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ.

٣٥ ـ الدر المختار شرح الأبصار، للفقيه العلامة محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الشهير بعلاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ، مطبوع مع حاشية رد المحتار.

٣٦ ـ المبسوط، تأليف شمس الدين محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ، مطبعة السعادة الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ.

٣٧ ـ الاختيار لتعليق المختار، تأليف العلامة عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي المولود سنة ٥٩٩، والمتوفى سنة ٦٨٣. طبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٧١ هـ ١٩٥١ م.

٣٨ ـ التعليم على الاختيار، لفضيلة المرحوم الشيخ محمود أبو دقيقة من أكابر علماء الحنفية.

٣٩ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ، طبعة دار الفكر.

٤٠ ـ الشرح الكبير لمختصر خليل، لأبي البركات أحمد بن محمد الدردير المتوفى سنة ١٢٠١ هـ، مطبعة دار الفكر بيروت.

٤١ ـ بلغة السالك لأقرب المسالك، تأليف العلامة الشيخ أحمد بن محمد الصاوي، مطبعة دار الفكر.

٤٢ ـ الشرح الصغير لأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، تأليف أبي البركات محمد الدردير، مطبوع بهامش بلغة السالك.

٤٣ ـ جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، للعلامة صالح عبد السميع الآبي الأزهري، مطبعة: دار الفكر بيروت لبنان.

٤٤ ـ كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن أيوب الأندلسي، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢ هـ.

٤٥ ـ قوانين الأحكام الشرعية، تأليف محمد بن أحمد بن محمد بن جزي الغرناطي المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ. مطبعة: دار العلم للملايين، طبعة جديدة ١٩٧٩ م.

٤٦ ـ المقدمات المهمات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات، تأليف الإمام الحافظ أبي الوليد محمد بن رشد قاضي الجماعة بقرطبة المتوفى سنة ٥٢٠ هـ. مطبعة السعادة، الطبعة الأولى.

٤٧ ـ المجموع شرح المهذب، تأليف شيخ الإسلام محي الدين بن زكريا بن يحيى بن شرف الخزاعي النووي، توفي سنة ٦٣١ مطبعة العاصمة، الناشر: زكريا علي يوسف.

٤٨ ـ تكملة المجموع، شرح المهذب لتقي الدين أبي الحسن علي بن عبد الكافي السبكي توفي سنة ٧٥٦، مطبعة العاصمة، الناشر: زكريا علي يوسف.

٤٩ ـ مغني المحتاج شرح المنهاج، للشيخ محمد بن أحمد الشربيني المتوفى ٩٧٧ هـ، المكتبة الإسلامية لصاحبها الحاج رياض الشيخ.

٥٠ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، تأليف شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، المنوفي المصري الأنصاري الشهير بالشافعي: توفي سنة ١٠٠٤ هـ.

٥١ ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي: تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزأبادي الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ. مطبعة: دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت الطبعة الثانية ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ م.

٥٢ ـ السراج الوهاج شرح العلامة الفاضل الشيخ محمد الزهري الغمراوي على متن المنهاج لشرف الدين النووي. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣ م.

٥٣ ـ غاية البيان شرح زبدة أبي رسلان، تأليف شمس الدين محمد بن شهاب الرملي، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ. طبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٥٤ ـ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي توفي سنة ٩١١ هـ. دار الكتب العربية للطباعة، الطبعة الأولى.

٥٥ ـ المغني على مختصر الخرقي، لأبي محمد عبد الله بن قدامة بن مقدام المقدسي الدمشقي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ. تحقيق محمد سالم محيسن.

٥٦ ـ المختصر الذي تولى شرحه ابن قدامة، تأليف أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ.

٥٧ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع للعلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، مطبعة الحكومة بمكة.

٥٨ ـ الإقناع، وهو الذي تولى شرحه البهوتي، تأليف شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد بن سالم المقدسي المتوفى سنة ٩٦٨ هـ.

٥٩ ـ الروض المربع شرح زاد المستقنع، لمنصور البهوتي، المطبعة السلفية ومكتبتها، الطبعة السابعة سنة ١٣٩٢ هـ.

٦٠ ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد ابن حنبل، تأليف الشيخ علاء الدين أبي الحسن المرداوي، الطبعة الأولى.

٦١ ـ مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية. جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم وابنه محمد. تصوير الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ م.

٦٢ ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله الزرعي المعروف بابن القيم الجوزية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.

٦٣ ـ زاد المعاد في هدي خير العباد، تأليف شمس الدين ابن قيم الجوزية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي. الطبعة الثانية ١٣٦٩ هـ ١٩٥٠ م.

٦٤ ـ القواعد في الفقه الإسلامي، للحافظ أبي الفرج الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ. الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية. طبعة جديدة، مؤسسة نبع الفكر العربي للطباعة. الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ/١٩٧٢ م، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.

٦٥ ـ كتاب البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، تأليف الإمام المهدى ابن يحيى المرتضى، وبهامشه كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجنة البحر الزخار للعلامة محمد بن يحيى بهران الصعدي.

٦٦ ـ عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، للإمام المهدي المرتضى، الناشر: الشيخ الصادق موسى.

٦٧ ـ التاج المذهب لأحكام المذهب، للقاضي أحمد بن قاسم العنسي، مطبعة: عيسى البابي الحلبي.

٦٨ ـ شرح الأزهار، للعلامة أبو الحسن أبي القاسم بن مفتاح مختصر من الشرح الكبير للإمام المهدي صاحب المتن المسمى بالغيث المدرار. توزيع دار إحياء التراث العربي.

٦٩ ـ الدراري المضيئة لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني. الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت.

٧٠ ـ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار لشيخ الإسلام محمد بن علي الشوكاني، دار الكتب العلمية بيروت.

٧١ ـ المحلى: تأليف أبي محمد بن حزم المتوفى سنة ٤٥٦ هـ. الناشر مكتبة الجمهورية العربية سنة ١٣٨٧ هـ.

٧٢ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد بن رشد، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

٧٣ ـ النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات ابن الأثير تحقيق طاهر أحمد الزاوي الناشر: المكتبة الإسلامية.

٧٤ ـ ترتيب القاموس المحيط للأستاذ طاهر أحمد الزاوي.

٧٥ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: للعلامة أحمد بن محمد المقرى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

٧٦ ـ مختار الصحاح: لشيخ الإسلام محمد بن أبي بكر الرازي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة جديدة ١٣٦٩ هـ ١٩٥٠ م.

الفهرس